

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FELIPE HASSON

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E LIBERDADES: A DIMENSÃO
FUNCIONAL VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO HUMANO

CURITIBA

2018

FELIPE HASSON

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E LIBERDADES: A DIMENSÃO
FUNCIONAL VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO HUMANO

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Doutor em Direito
no Programa de Pós-Graduação em Direito
do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo
Pianovski Ruzyk

Co-Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

H355d
2018 Hasson, Felipe.
Direito internacional privado e liberdades : a dimensão funcional
voltada ao desenvolvimento humano / Felipe Hasson. – Curitiba, PR:
UFPR, 2018.
235 f. ; 30 cm.

Texto em português com resumo em inglês e espanhol.
Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná. Programa de
Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná,
Curitiba, 2018.
Bibliografia: f. 222-235.

1. Direito internacional privado. 2. Direitos humanos.
I. Universidade Federal do Paraná - Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal do Paraná. II. Título.

CDD: Ed. 22 – 340.9

Bibliotecária: Natalia Vicente Montanha Teixeira - CRB-9/1642



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

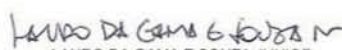
Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **FELIPE HASSON** intitulada: **Direito Internacional Privado e Liberdades: a dimensão funcional voltada ao Desenvolvimento Humano.**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprovação no rito de defesa. A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 23 de Agosto de 2018.


CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
Presidente da Banca Examinadora


JOÃO BOSCO LEE
Avaliador Externo


PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN
Avaliador Interno


LAURO DA GAMA E SOUZA JUNIOR
Avaliador Externo


RODRIGO XAVIER LEONARDO
Avaliador Interno



*Freedom has a Thousand charms to show,
That slaves, howe'er contented, never know.*

William Cowper

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não seria possível se não fosse pela contribuição de pessoas muito especiais que me acompanharam nesta jornada.

Agradeço inicialmente aos meus pais, Roland Hasson e Sueli Calabrese, que me propiciaram as liberdades substanciais necessárias para o meu desenvolvimento, e às minhas irmãs, Rosine, Giovanna e Renata por estarem sempre ao meu lado.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, uma das mentes mais brilhantes com que tive a oportunidade de conviver, que me acolheu como seu orientando “herdado” e que com muita paciência e maestria, forneceu contribuições essenciais, não só para o texto, mas para minha vida intelectual e acadêmica.

Ao meu co-orientador, Min. Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, inspiração para toda uma geração de juristas, que me recebeu no programa de Doutorado da UFPR, e que mesmo quando chamado para o dever de sua atuação na Suprema Corte do país, sempre esteve à disposição para dar os melhores conselhos e orientações.

Ao Prof. Dr. João Bosco Lee, que foi o grande responsável pelo meu contato inicial com o Direito Internacional Privado, tanto como meu mestre durante a graduação, como mais tarde com o Grupo de Estudos em Arbitragem Internacional, e que fez valiosíssimas contribuições que se mostraram essenciais para o trabalho.

Aos professores que compuseram a banca de qualificação, Prof. Dr. Paulo Roberto Nalin e Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, pelas importantes contribuições que permitiram o enriquecimento da pesquisa e da tese.

Ao Prof. Dr. Lauro Gama Jr., que igualmente contribuiu não somente com suas observações sobre o trabalho, como também com o seu precioso Curso da Academia da Haia, ainda não publicado, e que foi de grande importância para o desenvolvimento do trabalho.

Ao Prof. Dr. Alex Mills pela valiosa orientação no início da pesquisa e pelas profundas discussões sobre o tema objeto desta tese.

À minha companheira de todas as horas, Thaísa. Muito obrigado por me tornar uma pessoa melhor a cada dia; pelas palavras de conforto nas horas de desespero; pela ajuda nas pesquisas e na revisão da escrita; pelos resumos das matérias durante o LLM e na preparação para a prova do bar; e principalmente, por me fazer saber que não importa quão dura seja a jornada, sempre terei o seu colo para voltar no fim do dia e o nosso amor para celebrar a vida. Nenhuma linha deste trabalho seria possível sem você, meu eterno amor.

Também agradeço às instituições que me receberam de braços abertos para realização da pesquisa:

À Universidade de Miami, em especial à Prof.^a Sandra Friedrich pelo convite para o período de pesquisa, e ao Ilustre Prof. Bernard Oxman, pelas contribuições à tese fruto das discussões em sala de aula, e aos bibliotecários, sempre dispostos a me ajudar a encontrar livros velhos e empoeirados de *Conflicts of Law* que nem eles sabiam que existiam.

Por fim, à Hague Academy of International Law, instituição essencial para o desenvolvimento e aprimoramento do Direito Internacional, e à Peace Palace Library, cujo acervo foi fundamental para a pesquisa.

RESUMO

A presente tese tem como objetivo geral o estudo crítico dos fundamentos do Direito Internacional Privado (DIPr), tomando-se como fio condutor a noção de função manifesta defendida por Robert Merton com vistas a identificar a maneira com que esta função manifesta afeta a criação, interpretação e aplicação das regras de conflito. Para tanto, empreende a análise da função do DIPr na tradição clássica da Europa continental e da *common law*, bem como na doutrina clássica brasileira, e verifica de que forma esta função foi impactada pelas Revoluções do Direito Internacional Privado ocorridas ao longo do século XX tanto nos Estados Unidos como na Europa. Partindo, portanto, da ideia de função manifesta, e tendo como premissa o direito ao Desenvolvimento Humano como discurso universalizável de proteção dos Direitos Humanos, a tese propõe a sistematização do método do DIPr por meio do filtro da análise funcional dos conflitos de leis voltada para o Desenvolvimento Humano. Como conceito de Desenvolvimento Humano, a tese adota a teoria de Amartya Sen de Desenvolvimento como Liberdade, sendo esta Liberdade compreendida em uma concepção plural, que engloba principalmente as liberdades positivas e substanciais, com vistas à realização de funcionamentos relevantes. Sob as lentes deste filtro, a tese busca sistematizar diferentes teorias em favor de um método conflitual com base consequencialista, que seja capaz de contribuir efetivamente para o Desenvolvimento Humano e para a proteção de direitos humanos e fundamentais.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado. Conflitos de leis. Desenvolvimento. Liberdades. Direitos humanos.

ABSTRACT

The main objective of this thesis is the critical study of the foundations of Private International Law (PIL), taking as its guiding principle the notion of a manifest function defended by Robert Merton with a view to identifying the way in which this manifest function affects the creation, interpretation and application of conflict-of-law rules. In order to do so, it undertakes the analysis of the function of the PIL in the classical tradition of continental Europe and the common law, as well as in the classic Brazilian doctrine, and verifies how this function was impacted by the Revolutions of Private International Law occurred throughout the twentieth century in the United States and Europe. Starting from the idea of a manifest function, based on the right to Human Development as a universalizable discourse for the protection of Human Rights, the thesis proposes the systematization of the method of PIL through the filter of the functional analysis of conflict of laws based on Human Development. As a concept of Human Development, the thesis adopts Amartya Sen's theory of Development as Freedom, this Freedom being understood in a plural conception, which encompasses mainly positive and substantial freedoms, with a view to the realization of relevant functionings. Under the lens of this filter, the thesis seeks to systematize different theories in favor of a consequentialist method of PIL that is capable of contributing effectively to Human Development and to the protection of human and fundamental rights.

Keywords: Private International Law. Conflicts of Laws. Development. Freedom. Human rights.

RESUMEN

La presente tesis tiene como objetivo general el estudio crítico de los fundamentos del Derecho Internacional Privado (DIPr), tomando como hilo conductor la noción de función manifiesta defendida por Robert Merton con miras a identificar la manera en que esta función manifiesta afecta la creación, interpretación y aplicación de las normas de conflicto. Para ello, emprende el análisis de la función del DIPr en la tradición clásica de la Europa continental y de la common law, así como en la doctrina clásica brasileña, y comprueba de qué forma esta función fue impactada por las Revoluciones del Derecho Internacional Privado ocurridas a lo largo del siglo XX tanto en los Estados Unidos como en Europa. Por lo tanto, partiendo de la idea de función manifiesta, y teniendo como premisa el derecho al Desarrollo Humano como discurso universalizable de protección de los Derechos Humanos, la tesis propone la sistematización del método del DIPr por medio del filtro del análisis funcional de los conflictos de leyes orientado hacia el Desarrollo Humano. Como concepto de Desarrollo Humano, la tesis adopta la teoría de Amartya Sen de Desarrollo como Libertad, siendo esta Libertad comprendida en una concepción plural, que engloba principalmente las libertades positivas y sustanciales, con miras a la realización de funcionamientos relevantes. Bajo las lentes de este filtro, la tesis busca sistematizar diferentes teorías en favor de un método conflictivo con base consecuencialista, que sea capaz de contribuir efectivamente al Desarrollo Humano ya la protección de derechos humanos y fundamentales.

Palabras-llave: Derecho Internacional Privado. Conflicto de Leyes. Desarrollo. Libertad. Derechos humanos.

TABELA DE CASOS

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (ECHR)

- ECHR case 76240/01, **Wagner and JMWL v. Luxembourg**, 28 June 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (ECJ)

- Case C-148/02. **Carlos Garcia Avello v. Belgian State**. Julgamento em 02/10/2003.
- C-353/06 - **Grunkin and Paul. Judgement** ECLI:EU:C:2008:559. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d51e724b4dd0b14697846cbc2e4f05ad1c.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNiPe0?text=&docid=69308&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=390606>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

TRIBUNAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA

- **Prosecutor v Tadić** (Jurisdictional Phase), Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Decision of 2 October 1995. Disponível em: <www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL

- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AG 20090162503 SC**. Agravante: **G.C. e outros**. Agravado: **E. de V.N., Rep. p/ invent. C.L. da S.** Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Junior. DJ.

ESTADOS UNIDOS

- **Neumeier v. Kuehner**, 286 N.E.2d 454 (N.Y. 1972).
- **Tooker v. Lopez**, 249 N.E.2d 394 (N.Y. 1969).
- **In re Estate of Clark**, 21 N.Y.2d 478, (N.Y. 1968).
- **Macey v. Rozbicki**, 221 N.E.2d 380 (N.Y. 1966).
- **Dym v. Gordon**, 209 N.E.2d 792 (N.Y. 1965).
- **Babcock v. Jackson**, 12 N.Y.2d 473, NY Ct. App, (1963).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
PARTE 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ESTADO DA ARTE DAS TEORIAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO SOB A ÓTICA DA FUNÇÃO	20
CAPÍTULO 1 PREMISSAS METODOLÓGICAS	20
1 DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	21
1.1 CONTEÚDO E OBJETO	26
1.2 INTERNACIONALIDADE DA REGRA DE CONEXÃO	33
1.3 NATUREZA JURÍDICA DA REGRA DE CONEXÃO	35
2 LIBERDADE	38
3 FUNÇÃO	46
CAPÍTULO 2 A FUNÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA TEORIA CLÁSSICA.....	53
1 NA TRADIÇÃO EUROPEIA CONTINENTAL	55
2 NA TRADIÇÃO DA COMMON LAW	67
3 A FUNÇÃO DO DIPR NO DIREITO BRASILEIRO.....	73
CAPÍTULO 3 AS REVOLUÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	81
1 A REVOLUÇÃO AMERICANA: BABCOCK, NEUMEIER E O 2ND CONFLICTS RESTATEMENT	82
2 A REVOLUÇÃO EUROPEIA	99
3 OS MOVIMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	106
PARTE 2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EM FUNÇÃO DA LIBERDADE	110
CAPÍTULO 4 O DESENVOLVIMENTO HUMANO COMO FUNÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	111
1 O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO.....	112

2 O DIÁLOGO DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CONSTITUIÇÕES E OS DIREITOS HUMANOS.....	122
CAPÍTULO 5 O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE.....	130
1 A FUNÇÃO COMO LIBERDADE VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO HUMANO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS.....	133
2 O REFLEXO DA LIBERDADE COMO FUNÇÃO NAS NORMAS DE CONFLITO	146
2.1 GARCIA AVELLO E GRUNKIN-PAUL	153
2.2 WAGNER	161
2.3 IN RE ESTATE OF CLARK	166
2.4 TJSC - AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 20090162503 SC - G.C. E OUTROS V. E. DE V.N. REP. P/ INVENTE. C. L. DA S.....	168
3 PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA.....	174
CAPÍTULO 6 O MÉTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO VOLTADO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO.....	181
1 ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL E LIBERDADES POSITIVAS.....	182
2 AUTONOMIA DA VONTADE: A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL EM RELAÇÕES PRIVADAS INTERNACIONAIS	196
3 O MÉTODO DE RECONHECIMENTO DE SITUAÇÕES COMO CONCRETIZAÇÃO DA LIBERDADE.....	204
4 A APLICAÇÃO DE DIREITOS NÃO-ESTATAIS.....	212
CONCLUSÃO	219
REFERÊNCIAS	222

INTRODUÇÃO

Os debates contemporâneos sobre o Direito Internacional Privado (DIPr) revelam uma multiplicidade de reações à crise enfrentada pela disciplina, que vem sendo anunciada desde meados do século XX, principalmente em face da emergência do discurso dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e seus impactos no Constitucionalismo e na teoria do Direito, mas também em grande parte por conta das mudanças sociais e tecnológicas que a civilização humana experimenta neste período histórico.

O discurso dos direitos humanos agrega em seu conceito contemporâneo a internacionalização da proteção da pessoa humana, fruto do Segundo Pós-Guerra e das barbáries cometidas naquele período, e com isso impacta não somente as bases do Direito das Nações (Direito Internacional Público), mas também as constituições de muitos países, que passam a ter essa proteção como valores fundamentais em seus ordenamentos internos.

Enquanto no plano internacional essa nova concepção fomenta uma mudança axiológica do *state approach* para o *human rights approach*, na qual defende-se que o Desenvolvimento e o Direito das Nações deve ser dirigido à promoção e proteção dos direitos humanos,¹ no plano doméstico verifica-se tal reflexo na emergência da dignidade da pessoa humana como imperativo ético existencial, que impacta diretamente toda a hermenêutica do ordenamento, inclusive no campo do Direito Privado.²

Ao mesmo tempo, a rápida e exponencial evolução tecnológica cria realidades que não eram sequer imagináveis há pouco tempo atrás. Não há dúvidas que a interconectividade global trazida pela internet afetou profundamente as características, assim como as necessidades e valores das sociedades contemporâneas, ao mesmo tempo que tornou cotidiana e corriqueira a transposição de barreiras geográficas nas relações interpessoais.

¹ “A human rights-based approach is a conceptual framework for the process of human development that is normatively based on international human rights standards and operationally directed to promoting and protecting human rights. It seeks to analyse inequalities which lie at the heart of development problems and redress discriminatory practices and unjust distributions of power that impede development progress.” Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQen.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2018.

² FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

Nesta senda, é de fácil constatação o fato de que as características da sociedade deste século diferem fundamentalmente daquelas identificadas na sociedade oitocentista, que foi o berço das teorias de Direito Internacional Privado que até hoje conformam a matéria. A sociedade *relativista, líquida e plástica*³ da atualidade, é uma sociedade “plurilocalizada”, que ultrapassa barreiras nacionais com grande facilidade, e na qual o lugar físico se torna quase irrelevante. Não só isso, mas a “liquidez” da sociedade também se traduz em dinamicidade das relações, desapego emocional e pluralidade de opções.⁴

O problema que guia a pesquisa decorre, portanto de uma evidente inadequação da teoria clássica do DIPr, pensada no contexto histórico do século XIX, aplicada à realidade contemporânea.⁵ Inadequação esta que não provém unicamente da insuficiência do método, em especial aquele da “sede natural” da relação jurídica diante da deslocalização das relações sociais na espacialidade virtual, mas também sob o ponto de vista da dimensão funcional do DIPr, diante da renovada concepção do *human rights approach*, bem como da mencionada ascensão do Estado Constitucional e a influência dos Direitos Fundamentais nas instituições do Direito Privado.⁶

³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p.8.

⁴ “Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. BAUMAN, loc. cit.

⁵ “Mais que a rigidez, mais que seu fechar-se em proposições normativas genéricas, a historicidade mostra-se como caráter proeminente do fenômeno jurídico. Desse modo, o direito pertence ao relativo da história, à própria vida da sociedade civil no seu devir, é, em suma, por sua estrutura interna, um material que pode e deve, em seu máximo grau, ser observado, percebido e avaliado do ponto de vista histórico.” GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.26.

⁶ Neste sentido, o Tribunal Criminal Internacional para a antiga Yugoslavia notou em sua decisão de 2 de Outubro de 1995: “the impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrines, particularly after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, has brought about significant changes in international law, notably in the approach to problems besetting the world community. A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. Gradually the maxim of Roman law *hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well.” **Prosecutor v Tadić (Jurisdictional Phase)**, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Decision of 2 October 1995. Disponível em: <www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>. Acesso em: 30 dez. 2017.

É justamente por meio do *leitmotiv* da *função*, portanto, que a presente tese pretende apresentar ferramenta que permita uma nova sistematização do método de DIPr, que conjugue diferentes teorias apresentadas como resposta a esta nova realidade tanto na Europa como nos Estados Unidos, e que esteja em linha com as citadas mudanças axiológicas reveladas como fruto da ascensão do discurso da proteção humana, tanto no plano internacional quanto no plano interno.

A hipótese colocada a teste diante de todo este cenário, é de que a função do DIPr na atualidade é contribuir com o Desenvolvimento Humano, a partir da aplicação de leis nas relações privadas internacionais que permitam um incremento na liberdade, vista como conceito plural⁷ que agrega diferentes concepções *negativa, formal, positiva e substancial*, e na proteção das pessoas em sua concretude. Como Desenvolvimento Humano, para este fim, toma-se como base a teoria de Amartya Sen, que defende que o desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades positivas e substanciais que as pessoas experimentam, e que aumentam seu conjunto capacitário na forma de funcionamentos.⁸

Para percorrer o caminho pretendido, o trabalho se divide em duas partes. Na primeira, pretendeu-se definir as premissas da pesquisa e demonstrar a evolução e o estado da arte atual da teoria do DIPr sob as lentes da função. Na segunda, apresentam-se os fatores de mudança que levam ao desenvolvimento da hipótese lançada, e a sua sistematização como método que conjuga diferentes teorias e abordagens em prol do Desenvolvimento Humano.

O primeiro capítulo da pesquisa se inicia, portanto, com a definição de premissas metodológicas que são essenciais para a compreensão do estudo realizado. Considerando a dicotomia inexorável que considera o DIPr ao mesmo tempo, como ramo de direito interno dos países de um lado, e como teoria universal de outro, torna-se imprescindível a definição de alguns conceitos que serão tomados como ponto de partida da reflexão que se propõe. Assim, a primeira seção explora o conteúdo e objeto do Direito Internacional Privado que será considerado ao longo da tese, bem como questões fundamentais quanto à sua

⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

natureza jurídica e internacionalidade. A segunda seção busca estabelecer os conceitos de liberdade que serão utilizados ao longo da tese, diante da pluralidade de concepções existentes e que podem impactar a análise pretendida, enquanto que a terceira seção esclarece o conceito de função manifesta, adotado como referencial para a realização da análise.

O segundo capítulo, por sua vez, demonstra a pesquisa realizada sobre a função do DIPr dentro de sua teoria clássica, que se dividirá em duas principais correntes: uma de tradição europeia continental (*civil law*), representada especialmente pelos trabalhos de Friedrich Carl Von Savigny e Stanislao Pasquale Mancini, e outra na tradição da *common law*, representada pelos trabalhos de Joseph Story, Albert Venn Dicey e Joseph Beale. Pretende-se demonstrar através deste estudo, como o DIPr era visto desde sua perspectiva funcional, para se confirmar a hipótese de sua inadequação à realidade contemporânea. Ao final do capítulo, busca-se analisar e identificar a função dentro da manualística do DIPr brasileiro, buscando demonstrar as influências do método conflitual tradicional no modelo brasileiro atual, bem como demonstrar de que forma os tribunais brasileiros interpretam e aplicam as regras de DIPr com base nesta.

No terceiro capítulo, passa-se à análise dos métodos que evoluíram a partir da *American Conflicts Revolution*, visando trabalhar a tensão entre justiça e previsibilidade que permeou e motivou a evolução da teoria do DIPr nos Estados Unidos, e que foi responsável por um renascimento da discussão das bases filosóficas do DIPr. Na sequência, demonstrar-se-ão os reflexos da Revolução Americana do outro lado do Atlântico, no continente Europeu, que atravessa, desde a segunda metade do século XX, um período de integração regional que encontra no DIPr uma ferramenta essencial para sua concretização. A remoção de barreiras nacionais para o trânsito de bens, pessoas, serviços e capital, concomitante à manutenção de sistemas jurídicos nacionais implica, por óbvio, em um aumento substancial nas situações que envolvem os conflitos de leis, jurisdições, e o reconhecimento de decisões estrangeiras. Como resposta a estas dificuldades, surgem as normas supranacionais, assim como os movimentos de uniformização e harmonização do sobredireito, que também serão analisados, sempre sob o prisma do *leitmotiv* da função como liberdade.

O capítulo quatro, primeiro da segunda parte da tese, se propõe a trabalhar a ideia do direito ao Desenvolvimento como direito humano, tomando por base renovada concepção alicerçada no *human rights approach*, e demonstrar de que forma este discurso dos direitos humanos atingiu as bases fundamentais tanto do Direito das Nações no plano internacional, como do Direito Privado e seus institutos, no plano doméstico, principalmente com a ascensão do Estado Constitucional e da proteção à dignidade da pessoa. Objetiva-se com isto, evidenciar as mudanças conceituais que clamam uma ressignificação da função das regras de conflito contemporaneamente, com vistas à sua adequação e conformação com a internacionalização da proteção da pessoa humana.

No quinto capítulo, desenvolve-se a ideia central da tese e sua hipótese, que pretende a definição ou sistematização do método conflitual a partir de um enfoque funcional, que contemple as premissas expostas nos capítulos anteriores, e que toma como marco teórico o pensamento de Amartya Sen, e sua ideia de Desenvolvimento como Liberdade. Busca-se por intermédio dos conceitos deste autor, demonstrar de que forma a funcionalização das regras de DIPr pelo Desenvolvimento Humano pode auxiliar na sistematização e ressignificação das regras clássicas de conflito, tendo como vetores principais a expansão das liberdades, em especial positivas e substanciais com vistas ao desenvolvimento. Agrega-se a esta concepção a proteção da dignidade da pessoa humana e de partes hipossuficientes, objetivando-se a aplicação de regras de conflito que aumentem o conjunto capacitário dos indivíduos através do incremento quantitativo e qualitativo de funcionamentos relevantes. Na segunda seção do capítulo, serão analisados os reflexos da Liberdade como função nos conflitos de leis, bem como serão identificadas e analisadas situações em que cortes já aplicaram, de uma ou outra forma, regras de conflito voltadas aos resultados materiais e que podem ser lidas e interpretadas sob as lentes do incremento das liberdades conforme a tese propõe. A terceira e última seção do capítulo tratará da delicada questão da previsibilidade e da segurança jurídica diante da proposta de aplicação de regras consequencialistas, como componentes de um sistema conflitual justo e confiável.

O sexto capítulo pretende por fim sistematizar o pensamento exposto até aquele ponto, e demonstrar de forma prática como teorias atuais do DIPr surgidas em resposta à crise mencionada, podem se complementar a partir de um vetor comum que é a expansão das liberdades, para formar um método de DIPr condizente com a realidade e a necessidade da sociedade atual. Nesse aspecto, serão enfrentadas questões essenciais para a sistematização, como a ordem pública internacional, a autonomia da vontade das partes e o método de reconhecimento de situações. Finalmente, o capítulo pretende tratar da aplicação de direitos não estatais (em especial as *soft-laws*, como por exemplo os Princípios UniDroit) por cortes estatais.

Em suma, a proposta da presente tese reside, portanto, na sistematização do método do DIPr por meio da funcionalização deste pelo Desenvolvimento Humano, desenvolvimento este entendido como o aumento das liberdades que as pessoas disfrutam e que integram seu conjunto capacitário para a realização de funcionamentos relevantes. Busca-se com isto, a realização de um sobredireito voltado ao desenvolvimento das relações humanas no campo internacional, que esteja em linha com a mudança axiomática das propostas clássicas de distribuição de autoridade regulatória ou reconhecimento de direitos nacionais, para um DIPr focado na realização das liberdades individuais e na proteção da pessoa humana e sua dignidade.

PARTE 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ESTADO DA ARTE DAS TEORIAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO SOB A ÓTICA DA FUNÇÃO

CAPÍTULO 1 PREMISSAS METODOLÓGICAS

A primeira seção do capítulo 1 pretende delimitar o conteúdo e objeto do DIPr que será trabalhado na pesquisa desenvolvida. A tese se alinha a concepção anglo-saxônica, que considera que o DIPr compreende os conflitos de leis, conflitos de jurisdição e reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. A tese também se alinha com a concepção de que o DIPr na atualidade não se aplica a todo o Direito Privado (civil, comercial e trabalho), mas tão somente às questões de direito civil (entendido como trânsito jurídico, titularidades e projeto parental)⁹ na esfera internacional, já que o direito do comércio internacional e o direito internacional do trabalho teriam alcançado autonomia dada a sua especialidade e elevado grau de desenvolvimento.¹⁰

Na sequência, trata-se das concepções de liberdade (negativa, formal, positiva e substancial) e função (como propósito ou finalidade, latente e manifesta) que guiarão e funcionarão como *leitmotiv* da tese.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

¹⁰ “Modernamente, o direito internacional privado estuda os casos jusprivatistas de natureza civil, na medida em que, considerando a tradicional e clássica divisão do direito privado em ‘direito civil’, ‘direito comercial’ e ‘direito do trabalho’, estes dois últimos ramos, na perspectiva do direito internacional geral, ganharam autonomia. Sabe-se que ainda na primeira parte do século XX, em especial depois da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, as fontes do direito do trabalho ganharam tamanha envergadura e importância que os ‘conflitos de leis em matéria trabalhista’ deixaram de ser estudados dentro da estrutura dogmática do direito internacional privado e passaram a compor uma disciplina autônoma: o direito internacional do trabalho. O mesmo aconteceu, mais recentemente, porém, com o direito comercial. Tantas são as novas fontes de solução dos ‘conflitos de leis em matéria comercial’, especialmente após a criação da Organização Mundial do Comércio, em 1994, que passamos a ter uma disciplina autônoma: o direito do comércio internacional.” BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.6.

1 DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O Direito Internacional Privado (“DIPr”) como ramo do direito, sofre há algum tempo uma crise¹¹ de identidade¹² que, não raras vezes, dificulta sua categorização e esconde o seu verdadeiro potencial. Logo, para que seja possível o exercício intelectual proposto por esta tese, mister se faz a determinação de algumas premissas básicas que sustentam o pensamento a ser desenvolvido ao longo do trabalho.

O DIPr nasce e se desenvolve a partir da necessidade de soluções aos problemas que surgem das relações interprivadas que se conectam a mais de um Estado ou sistema jurídico. Seu surgimento como “experiência jurídica”¹³, se situaria em meados do século XII inicialmente na Itália e na França¹⁴, na medida que as cidades-estados se formavam e editavam suas próprias leis, ou *statuta*. Os conflitos de leis passam a acontecer quando pessoas vindas das diferentes cidades-estados travavam relações que geravam conflitos entre estes *statuta*.¹⁵ Os chamados

¹¹ A crise do DIPr já vem sendo anunciada há algum tempo por diversos autores. Neste sentido: KEGEL, Gerhard. The crisis of conflict of laws. **Recueil des Cours**, v.112, 1964. AUDIT, Bernard. Le caractere fonctionnel de la règle de conflit (sur la ‘crise’ des conflits de lois). **Recueil des Cours**, v.186, 1984. AUDIT, Bernard. Le droit international privé en quête d’universalité. **Recueil des Cours**, v.305, 2003. MILLS, Alex. **The confluence of public and private international law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

¹² MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, p.445, 2013.

¹³ “Experiência jurídica”: tal combinação de substantivo e adjetivo não é casual. Trata-se, como se sabe, de uma locução elaborada e proposta nos anos 1930 no âmbito da filosofia jurídica italiana e francesa, com a intenção de sublinhar – num momento de idealismo reinante – a irrenunciável humanidade do direito, seu contínuo envolvimento com a vida. ‘Experiência jurídica’ significa, com efeito, um modo peculiar de viver o direito na história, de percebê-lo, conceitualizá-lo e aplica-lo em conexão com uma determinada visão do mundo social, com determinações pressupostos culturais. Significa, portanto, um conjunto de escolhas peculiares e de soluções também peculiares para os grandes problemas que a realização do direito estabelece segundo os vários contextos históricos.” GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins fontes, 2014. p.28-29.

¹⁴ “As regards Roman law, this was brought out most clearly by the late Professor Meijers in his analysis of the origins of private international law in Italy and in France in the 12th, 13th and 14th centuries.” KAHN-FREUND, O. General problems of private international law. **Recueil des Cours**, v.143, p.331, 1974. “Pendant la plus grande partie de l’histoire des conflits de lois, soit du XII^e au XIX^e siècle, deux proceds de solution des conflits ont été employés.” AUDIT, Bernard. Le caractere fonctionnel de la règle de conflit (sur la ‘crise’ des conflits de lois). **Recueil des Cours**, v.186, p.231, 1984.

¹⁵ “Conflicts of law began in spheres of life in which legislation (statuta) or local customs (consuetudines) introduced sources of diversity into a legal world dominated by the unifying force of Roman law and elsewhere of the English common law, and equally, perhaps even more importantly, by the law of the Church.” KAHN-FREUND, O. General problems of private international law. **Recueil des Cours**, v.143, 1974.

“Estatutistas” da escola italiana, que teve como fundador Bartolo de Sassoferrato,¹⁶ organizaram o método de resolução de conflitos de leis a partir da classificação em regras de direito pessoal (estatuto pessoal) e regras de direito real (estatuto real).¹⁷ Desde as primeiras teorias desenvolvidas pelos Estatutistas, o DIPr desempenha uma função de “sobredireito”, apontando ao julgador a lei aplicável a cada situação em que haja conflito sobre a norma de regência.

Sendo assim, o DIPr encontra sua razão de ser diante de uma pluralidade de ordenamentos e sistemas jurídicos dos diferentes Estados, que acabam por criar um conflito antecedente àquele a ser discutido no mérito da demanda, e que se refere justamente à definição de qual lei ou ordenamento, dentre os possivelmente aplicáveis, deverá ser de fato aplicado para a resolução da disputa.¹⁸

Segundo Henri Batiffol, os problemas que demandam o DIPr surgem de situações fáticas que envolvem um elemento estrangeiro, de modo que dois ou mais ordenamentos jurídicos podem ser chamados à aplicação.¹⁹

Para Oscar Tenório, o DIPr a rigor “trata de conflitos entre leis que emanam de soberanias diferentes,”²⁰ e “tem por objeto o estudo das relações de direito privado que contém um elemento estrangeiro,”²¹ ao passo que para Haroldo Valladão,

o que caracteriza o DIP é a *regulamentação dos conflitos de leis autônomas sobre o mesmo assunto*, isto é, coexistindo normalmente, cada qual em sua órbita, *sem dependência hierárquica umas das outras*, o que se verifica no caso duma relação social conexa com duas ou mais leis, quer de diferentes nações, quer de diversos Estados, províncias, regiões, religiões...²²

¹⁶ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.133.

¹⁷ SAVIGNY, Friedrich von. **Private International Law**. A treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time. Trad. William Guthrie. London: Stevens & Sons, 1869. STORY, Joseph. **Commentaries on the conflicts of laws**. 1834. BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁸ “A choice of law presupposes a diversity of laws, and by a diversity of laws I mean a diversity of sources of authority, notwithstanding a congruence of the content of legal rules emanating from different sources. We have seen that it may be necessary to choose between rules identical in substance but different in the basis of their authority, their source. But where there is only one source of law, where there is in this sense unity of law, there can be no choice.” KAHN-FREUND, O. General problems of private international law. **Recueil des Cours**, v.143, p.331, 1974.

¹⁹ BATIFFOL, Henri. **Aspects philosophiques du droit international privé**. Paris: Librairie Dalloz, 1956. p.346.

²⁰ TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970. v.1, p.13.

²¹ Ibid., p.11.

²² VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1980. v.1, p.17.

Visto assim, em simples termos, o DIPr não deveria ser uma disciplina tão complexa. Neste sentido foram muitos dos esforços dos estudiosos do tema no passado²³, que buscaram de alguma forma reduzir as complexidades do DIPr, a tal ponto de transformá-lo em uma “técnica” quase que puramente mecânica, e que se pretendia universal em sua aplicação.²⁴

Entretanto, o DIPr se caracteriza em verdade por ser uma disciplina repleta de paradoxos,²⁵ que dão a ela contornos de extrema complexidade.

O primeiro paradoxo é a questão da soberania.²⁶ O sistema internacional estabelecido desde a paz Westfaliana, “divided [our planet] into plots, each attributed to a jealous State.”²⁷ Esta divisão territorial e a sua atribuição a um estado, criou diversos territórios – e poderes centrais dentro deles – que se pretendem absolutos na definição das regras legais aplicáveis dentro de seus limites. Como conclui Paulsson, “what happens within that plot can have no legal significance if it is not given the effect by those who exercise power in the name of the State holding dominion there.”²⁸

²³ Desde os primeiros trabalhos dos Estatutistas italianos na Universidade de Bologna, a tentativa de se reduzir complexidades e aumentar a previsibilidade das normas de conflitos de leis pode ser verificada, pela categorização dos *estatutos pessoal, real e misto*. Esta ideia se solidifica com o trabalho de Friedrich von Savigny e se estabelece como a base do DIPr no último quarto do século XIX. Ver AUDIT, Bernard. Le caractere fonctionnel de la règle de conflit (sur la ‘crise’ des conflits de lois). **Recueil des Cours**, v.186, p.231-232, 1984.

²⁴ “It may be said that this branch of jurisprudence is already the common property of civilised nations, not because they possess certain and universally admitted principles, but because they all share in the scientific investigations that tend to the establishment of such principles.” SAVIGNY, Friedrich von. **Private international law**. A treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time. Trad. William Guthrie. London: Stevens & Sons, 1869. p.1.

²⁵ “On sait le paradoxe congénital du droit international privé: cette discipline, qui a pour objet d’assurer l’harmonie des situations juridiques internationales de droit privé, n’est pas elle-même uniforme. Alors que l’expression «droit international» donne à croire à l’existence de règles universelles, les solutions que reçoivent d’un pays à l’autre les conflits de lois et de juridiction ne sont pas uniformes.” AUDIT, Bernard. Le droit international privé en quête d’universalité. **Recueil des Cours**, v.305, p.23, 2003.

²⁶ Ver AUDIT, Bernard. Le caractere fonctionnel de la règle de conflit (sur la ‘crise’ des conflits de lois). **Recueil des Cours**, v.186, 1984.

²⁷ PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. **International and Comparative Law Quarterly**, v.60, p.293, 2011.

²⁸ “o que acontece dentro desse enredo não pode ter significado legal se não for dado efeito por aqueles que exercem o poder em nome do Estado detentor do domínio naquele território.” (trad. livre). PAULSSON, loc. cit.

Para a filosofia de Foucault, “o papel essencial da teoria do direito, desde a Idade Média, é o de fixar a legitimidade do poder: o problema maior, central, em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o problema da soberania.”²⁹

A ideia da soberania é responsável, portanto, pelo primeiro paradoxo do DIPr, quando se contrapõe a ela a possibilidade de aplicação extraterritorial das leis. Isto porque, se o Estado tem poder total sobre o que acontece no seu território, automaticamente infere-se que nenhum Estado poderia pretender ter a sua lei aplicada em outro território. A soberania atua por meio não só do poder de criação de leis dentro de um dado território, mas também pelo princípio da não-intervenção, que advém justamente da horizontalidade dos estados no plano internacional.³⁰ Visto por este prisma da soberania, o DIPr não surge por conta da coexistência de estados soberanos,³¹ mas a despeito deles. A curiosidade humana e a complexidade das relações sociais ultrapassam limites geográficos imaginários.³² Diante da realidade destas relações, a soberania abriu espaço para o reconhecimento de leis estrangeiras, que por alguma razão,³³ se apresentassem como “mais adequadas”³⁴ para resolver determinadas questões.

²⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.31.

³⁰ REZEK, Francisco. **Manual de direito internacional público**: curso elementar. 13.ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

³¹ “La coexistence des États, qui implique la juxtaposition d’ordres juridiques autonomes dans le monde, est à la base du conflit des lois dans l’espace.” YASSEEN, Mustafa Kamil. *Principes généraux de droit international privé*. **Recueil des Cours**, v.116, p.388, 1965.

³² “The legal issues these situations pose are difficult because law has become the prerogative of territorial sovereigns, whereas human affairs freely cross states and national boundaries.” JUENGER, Friedrich K. **Choice of law and multistate justice**. Dordrecht: Nijhoff, 1993.

³³ Diversas e diferentes razões já foram apontadas como responsáveis pelo reconhecimento e aplicação da lei estrangeira. Dentre elas, os princípios de reciprocidade e *comity* (STORY, Joseph. **Commentaries on the conflicts of laws**. 1834) e a ideia de necessidade de coordenação das ordens jurídicas por meio da divisão da capacidade regulatória entre os estados visando o exercício de sua soberania (SAVIGNY, op. cit.) eram as principais na teoria clássica, mas que notadamente tinham viés estadista, calcada no Direito Internacional Público. Jorgen Basedow nota que razões como estas negligenciam o peso dos interesses privados dos atores envolvidos nas relações privadas internacionais. Segundo Basedow, o desenvolvimento do DIPr decorre da importância destes interesses privados aliados a dois fatos da vida, que seriam a grande quantidade de diferentes ordenamentos jurídicos e a necessidade humana de segurança jurídica. Ver BASEDOW, Jorgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.41, 2013.

³⁴ O significado do significante da “lei mais adequada” ensejou alguns dos principais debates em torno do DIPr no século XX. Na Revolução Americana, a melhor lei se relaciona com o conteúdo material e os interesses prioritariamente defendidos, enquanto que na França Battifol defendeu um método teleológico que conjugasse interesses particulares e interesses gerais, ao passo que Paul Lagarde defendeu que a lei mais adequada adviria do princípio da proximidade. Neste sentido: BALLARINO, Tito; ROMANO, Gian Paolo. Le principe de proximité chez Paul Lagarde. In: **Le droit international privé**: esprit et methods. Mélanges ne l’honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005.

O reconhecimento da lei estrangeira como válida e aplicável trouxe ao DIPr outro paradoxo: de um lado, o reconhecimento da validade da lei estrangeira e da sua aplicação, e de outro o compromisso (ou não) com a necessidade de promover decisões justas. Como nota Erik Jayme, “Le droit international privé trouve sa raison d’être dans la diversité des lois des États, d’une part, et la nécessité de trouver les solutions justes dans la communauté internationale, d’autre part.”³⁵ Este segundo paradoxo é responsável por muitas das discussões que permeiam o DIPr,³⁶ bem como pela discussão que será trabalhada na presente tese.

Um terceiro paradoxo, que tem ganhado força nos últimos anos, reside na crescente globalização de um lado³⁷, e o crescente nacionalismo de outro.³⁸ Ao mesmo tempo que a internet, as mídias sociais, o comércio internacional e a facilidade de locomoção aumentam a interação global e o fluxo cultural, o crescimento de um sentimento nacionalista pretende rejeitar algumas das transformações que são

³⁵ “O direito internacional privado tem a sua razão de ser pela diversidade das leis dos Estados, de uma parte, e a necessidade de se buscar soluções justas dentro da comunidade internacional de outra parte.” (trad. livre). JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne*. Cours Generale. **Recueil des Cours**, v.251, p.39, 1995.

³⁶ “The critique voiced by Currie, Hartley and others seems to be well taken with regard to the neglect of policy considerations. In the middle of the nineteenth century, when liberal capitalism reached its peak and Savigny wrote his treatise, State interventions into economic and social life were indeed increasingly renounced and became exceptional. Consequently, Savigny did not write more than a very short chapter of seven pages on what he called “statutes of a strict and positive, mandatory nature and foreign legal institutions which are altogether unknown at home” 31. Very few examples are given: polygamy, restrictions on the acquisition of real property by Jews, slavery and civil death 32. Of course, the rise of the interventionist and welfare state of the twentieth century has profoundly changed the model of society underlying Savigny’s propositions.” BASEDOW, Jurgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.46, 2013.

³⁷ “Efetivamente, nós assistimos a fenômenos contraditórios: de um lado, qualquer um pode facilmente se libertar das marras de sua existência limitada: velocidade, ubiquidade, liberdade; o espaço, para a comunicação, não existe mais. Hoje os eventos da alegria e tristeza unem os seres humanos em um sentimento global de solidariedade que era desconhecido das gerações anteriores. De outro lado, cada catástrofe, apesar de parecer bastante distante da esfera dos negócios de cada um, acaba, em realidade, a repercutir na vida privada de cada um. Experimentamos um sentimento de perda da segurança de uma existência protegida pelas instituições tradicionais como o Estado e os juízes estatais.” JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização (2000). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v.1, n.1, p.134, nov. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43490/27368>>. Acesso em: 02 mar. 2017. Doi: <http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.43490>.

³⁸ “The perfection of the nation-State went hand-in-hand with the rise of nationalism. The convergence of the territory of political rule with economic and cultural space allowed Governments to instrumentalize interventions in markets or in cultural matters for the sake of more effective rule. From the introduction of orthographic standards and the uniform pronunciation of the national language through the promotion of certain content of motion pictures and theatre plays and on to the design of school syllabuses, nation-States have tried hard to produce a homogeneous common core of the respective national culture with a corresponding foreclosure effect on all foreign influences.” BASEDOW, op. cit., p.76.

produto desta mesma globalização. Heinrich Kronstein, ainda no final dos anos 40 do século XX já defendia uma restrição nos conflitos de leis, aduzindo que

[Rules of Conflict of Law] should guarantee that the social and economic order of each country and its institutions are protected. [...] We cannot sustain our present method of finding the applicable law on a basis of a bridge between facts and an artificial legal concept, [...] and then try to protect public policy in extreme cases. Instead, the public order has to give the primary consideration.³⁹

A despeito de posições mais isoladas como a de Kronstein, o DIPr chega ao século XXI caracterizado por uma multiplicidade de métodos que pretendem acompanhar e dar solução à “crescente permeabilidade das fronteiras nacionais, a progressiva interconectividade das sociedades e economias, e à internacionalização das vidas individuais.”⁴⁰ Diante desta multiplicidade de métodos, visões e entendimentos sobre a matéria, torna-se necessária a delimitação do conteúdo e objeto do DIPr que será tomado como premissa para o desenvolvimento do trabalho.

1.1 CONTEÚDO E OBJETO

Não bastassem os fatores paradoxais de complexidade, o conteúdo e/ou objeto do Direito Internacional Privado também comporta diferentes entendimentos e escolas.

Para a corrente anglo-saxônica do DIPr, estariam dentro do objeto de estudo da disciplina os conflitos de leis no espaço, os conflitos de jurisdição e o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.⁴¹ Já a escola francesa,

³⁹ “[Regras de Conflito de Leis] deveriam garantir que a ordem social e econômica de cada país e de suas instituições seja protegida. [...] Não podemos sustentar nosso atual método de encontrar a lei aplicável com base em uma ponte entre os fatos e um conceito legal artificial, [...] e depois tentar proteger a política pública em casos extremos. Em vez disso, a ordem pública tem que dar a consideração principal”. (trad. livre). KRONSTEIN, Heinrich. Crisis of ‘conflict of laws’. **Geo. L. Journ**, v.37, p.511, 1948-1949.

⁴⁰ “The growing permeability of national frontiers, the progressive inter-connectedness of societies and economies and to the internationalization of individual lives.” (trad. livre). BASEDOW, Jürgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.35, 2013.

⁴¹ “Private international law [...] has three main objects. First, to prescribe the conditions under which the court is competent to entertain such a claim. Secondly, to determine for each class of case the particular municipal system of law by reference to which the rights of the parties must be ascertained. Thirdly, to specify the circumstances in which (a) a foreign judgment can be recognized as decisive of the question in dispute; and (b) the right vested in the judgment creditor by a foreign judgment can be enforced by action in England.” CHESHIRE; NORTH; FAWCETT. **Private international law**. 14th ed. Oxford University Press, 2008. p.3-4.

que teria tido grande influência no ensino do DIPr na América Latina,⁴² alarga o conteúdo do DIPr ao considerar também outras duas questões, que seriam a nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro.⁴³ Já na Alemanha, o objeto do DIPr reside exclusivamente nos conflitos de leis.⁴⁴

Na presente tese, adotou-se como premissa objetiva aquela defendida pela corrente anglo-saxônica, englobando tão somente os conflitos de leis, os conflitos de jurisdição e o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Entende-se, portanto, que as questões relativas à nacionalidade e condição jurídica do estrangeiro são temas de Direito Internacional Público, que decorrem diretamente das relações entre Estados soberanos e particulares. Ainda que estas questões possam vir a permear de alguma forma o DIPr, ou ainda que suas concepções sejam necessárias para a resolução de situações que estejam no escopo do DIPr, para os fins a que se propõe a presente tese, adotar-se-á a concepção de que o DIPr se presta para questões jusprivatistas, de modo que as questões eminentemente de direito público estariam fora do escopo objetivo da disciplina.

Maristela Basso, comentando a definição de Werner Goldschmidt sobre o DIPr, corrobora esta interpretação ao afirmar que

[Goldschmidt] apresenta o direito internacional privado como sendo o conjunto de casos jusprivatistas com elementos estrangeiros. Está definido, portanto, o âmbito de atuação da disciplina: o estudo de casos de direito privado que contenham elementos estrangeiros, como, por exemplo, o domicílio, a nacionalidade, o país-sede das empresas, o local onde a obrigação se constituiu, o local onde o imóvel se encontra, etc. Não entram no âmbito de estudo do DIPr, portanto, questões relativas ao direito público (e nenhum de seus ramos).⁴⁵

Note-se na passagem acima, que ainda que a nacionalidade, por exemplo, esteja presente no DIPr – como já ventilado –, o seu papel dentro dos conflitos de leis seria tão somente de estabelecer um elemento de conexão estrangeiro a possibilitar a aplicação da regra conflitual. As questões relativas à aquisição ou

⁴² ARAUJO, Nádia. **Direito internacional privado** - teoria e pratica brasileira. 5.ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.36.

⁴³ “Trois doctrines s’affrontent à ce sujet: la doctrine tripartite latine, qui inclut dans le droit international privé le conflit de lois, la nationalité et l’extranéité; La doctrine bipartite anglo-saxonne, qui estime qu’il ne comprend que le conflit de lois et de juridictions; et la doctrine germanique unitaire, identifiant le droit international privé au conflit de lois.” GOLDSCHMIDT, Werner. **Système et philosophie du droit international privé**. Paris: Librairie Sirey, 1956. p.23.

⁴⁴ TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970. v.1, p.15.

⁴⁵ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.5-6. Ver, GOLDSCHMIDT, Werner. **Système et philosophie du droit international privé**. Paris: Librairie Sirey, 1956.

perda da nacionalidade residem unicamente na relação estado-particular, sendo, portanto, eminentemente de direito público, e não se perfazendo como matéria objeto de estudo do DIPr.⁴⁶

Dentro da premissa adotada, a resolução dos conflitos de leis no espaço seria então o primeiro objeto de estudo a compor o conteúdo do DIPr, e será o principal objeto de análise nesta tese. O método conflitual tradicional, presente até hoje na legislação brasileira, será analisado e posto à prova sob a perspectiva de sua função, para se demonstrar a sua insuficiência diante da complexidade do mundo contemporâneo, e sua inadequação como método mecanicista e desconectado das consequências do resultado, diante dos valores que conformam as constituições contemporâneas, em especial no Ocidente.

Devido à verticalização e ao aprofundamento da pesquisa sobre as regras de conexão e os conflitos de leis, e dada a objetividade e rigor metodológico que uma tese de doutoramento exige, não se pretendeu aqui analisar em profundidade a questão dos conflitos de jurisdição. A ressalva é necessária, diante da grande importância do tema dentro do DIPr como disciplina,⁴⁷ por vezes (e na prática inclusive) indissociável da questão que é objeto central da tese, mas que, dentro do exercício intelectual metadogmático proposto por esta, pode ser analisado de maneira periférica, sem que se afete o conteúdo e a validade das proposições desenvolvidas.

Da mesma forma, o terceiro objeto de estudo do DIPr dentro da concepção aqui adotada, que seria o reconhecimento e execução de decisões⁴⁸ estrangeiras, também será abordado somente na medida em que é necessário para demonstrar como a doutrina (em especial francesa) já trabalha com uma ideia de incremento de liberdades a partir da adoção de regras de reconhecimento de situações

⁴⁶ “Levados principalmente por exigências didáticas, juristas franceses e outros consideram próprias da nossa disciplina três matérias: a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro e os conflitos de leis. Entretanto, as duas primeiras constituem apenas *pressupostos* do direito internacional privado. Na solução dos conflitos de legislações importa indagar às vezes se a pessoa é nacional ou não. [...] Nos países que estabelecem que a pessoa física se submete, no âmbito dos direitos privados, à lei do país de sua nacionalidade, o juiz tem de partir da determinação da nacionalidade para estabelecer qual a lei estrangeira a aplicar. Mas — precisamos assinalar — o problema não é de conflitos de leis, pela simples razão de que cada país é competente, por força da soberania, para estabelecer as regras sobre a nacionalidade.” TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970. v.1, p.14.

⁴⁷ Os conflitos de jurisdição são temas de debates recorrentes e atuais sobre o DIPr. Neste sentido ver MILLS, Alex. Rethinking jurisdiction in international law. **The British Yearbook of International Law**, Oxford University Press, 2014.

⁴⁸ Optou-se aqui pelo vocábulo ‘decisões’ ao invés de sentença estrangeira, para referir-se ao gênero de comandos emitidos ou situações reconhecidas por outros estados, sem adentrar ao mérito de discussões sobre natureza jurídica de tais decisões (nota do autor).

estrangeiras. O tema não será, no entanto, objeto de aprofundamento ou ponto de discussão específica do presente trabalho.

Dentro dessa proposta de conteúdo, portanto, a primeira parte da tese pretende identificar dentro da teoria clássica de DIPr, qual é de fato a função da regra de conexão dentro de uma sociedade. *Para que serve o DIPr? Qual é a sua função como direito? O que ele busca realizar?*

Estes questionamentos são de extrema importância e envolvem a própria base filosófica sobre a qual se assenta a disciplina. A resposta a estes questionamentos servirá, de um lado, para confirmar ou não, a validade do método de DIPr adotado no Brasil, diante da evolução do Direito Privado após o segundo pós-guerra em escala global, e após a promulgação da Constituição Federal de 1988. De outro, porém, servirá universalmente para contribuir com a redefinição desta função, considerando-se que a ideia do papel do DIPr não se extrai da lei positiva de um ou outro país, mas da análise comparativa da evolução da disciplina no mundo em um passado mais recente.⁴⁹

Conforme se verá adiante, a função do DIPr na sua teoria clássica já não parece resistir às mudanças trazidas pelo progresso, e pelos fenômenos indicados por Yves Lequette⁵⁰ como sendo responsáveis pela necessária mudança paradigmática do DIPr: a globalização, a fundamentalização e a comunitarização.

O fenômeno da Globalização, entendido como “processo de interação e integração entre pessoas, empresas e governos de diferentes nações, um processo impulsionado pelo comércio internacional e investimentos e auxiliado pela tecnologia da informação”⁵¹ tem profundo impacto no desenvolvimento do DIPr.

Para Hans Van Loon, “Globalization not only has encouraged the proliferation of private international law at the national, regional and global levels, it also has an impact on its general outlook and methods.”⁵² Segundo ele, o fato de o estado-nação não ser mais o espaço principal do DIPr faz com que este tenha que

⁴⁹ “This role emerges not from the positive law of any single jurisdiction, but from a comparative enquiry into the evolution of the discipline in the legal history’s more recent past.” BASEDOW, Jürgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.36, 2013.

⁵⁰ LEQUETTE, Yves. Cours general de droit international privé. **Recueil des Cours**, 2016.

⁵¹ What is Globalization? Disponível em: <<http://www.globalization101.org/what-is-globalization/>>. Acesso em: 5 dez. 2017. (tradução do autor).

⁵² “A globalização não apenas encorajou a proliferação do direito internacional privado nos níveis nacional, regional e global, mas também teve impacto sobre suas perspectivas e métodos gerais.” (trad. livre). VAN LOON, Hans. The global horizon of private international law. **Recueil des Cours**, p.45, 2016.

“transcender seus limites tradicionais, adaptando suas metodologias enquanto preserva sua integridade”.⁵³

Considerando-se o conceito de globalização proposto por John Tomlinson, de “conectividade complexa,”⁵⁴ que se definiria por sua “rapidly developing and ever-densening network of interconnections and interdependences that characterizes modern social life,”⁵⁵ é possível se ter uma ideia do quão profunda é a revolução da internet e em especial das mídias sociais nas relações sociais contemporâneas. Neste contexto, não é necessário muito esforço para se notar que o método conflitual tradicional de DIPr não estava preparado para enfrentar os tipos de conflitos que tem se tornado cada vez mais comuns na atualidade.

Já a Fundamentalização é entendida como o fenômeno de consolidação dos Direitos Fundamentais (ditos Direitos Humanos em uma perspectiva internacional) nas constituições do século XX, e também tem papel de profunda importância no DIPr. Lequette alerta para a crescente influencia dos direitos fundamentais sobre a disciplina e seus reflexos no método conflitual, que afetariam os objetivos tradicionais do DIPr:

Mais, en dépit du caractère neutre et indirect des règles de conflits de lois, la question de leur compatibilité avec les droits fondamentaux est de plus en plus souvent débattue. Surtout, l'application en France de normes étrangères – règles ou décisions, émaneraient-elles d'États qui ne sont pas parties à la Convention européenne – , n'est admissible que si elles en respectent les prescriptions. D'où une influence croissante des droit fondamentaux sur le droit international privé contemporain qui n'est pas sans soulever des difficultés au regard des objectifs traditionnels de la discipline, notamment l'harmonie internationale des solutions.⁵⁶

⁵³ VAN LOON, Hans. The global horizon of private international law. **Recueil des Cours**, p.45, 2016.

⁵⁴ TOMLINSON, John. **Globalization and culture**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p.2.

⁵⁵ TOMLINSON, loc. cit.

⁵⁶ “Mas, apesar da natureza neutra e indireta das regras de conflito de leis, a questão de sua compatibilidade com os direitos fundamentais é cada vez mais debatida. Acima de tudo, a aplicação em França de normas estrangeiras - regras ou decisões, provenientes de Estados que não são partes na Convenção Europeia - é admissível apenas se cumprirem os requisitos. Daí a crescente influência dos direitos fundamentais sobre o direito internacional privado contemporâneo, que não é sem dificuldades em termos dos objetivos tradicionais da disciplina, especialmente a harmonia internacional de soluções”. (trad. livre). LEQUETTE, Yves. **Le droit international privé et les droits fondamentaux. Liberté et Droits Fondamentaux**, Paris: Dalloz p.115, 2010.

Ressalta-se aqui o fato de que o Constitucionalismo foi responsável por dar relevância ao discurso dos Direitos Humanos e Fundamentais,⁵⁷ e que foi um fenômeno mundial, e será tratado em detalhes no capítulo 4.

Já a comunitarização por sua vez, atingiria o DIPr na medida que os blocos de integração regional avançam e se desenvolvem, como no caso da União Europeia. O DIPr europeu sofreu alterações fundamentais com o novo arranjo político e social da Europa, que se traduziram nas Resoluções em especial de Roma (I, II e III) e Bruxelas (I e II) e seus Recasts.⁵⁸

A hipótese colocada a teste diante de todo este cenário, é de que a função do DIPr na atualidade – e dentro do contexto histórico e social que considera os fatores de mudança citados, – é contribuir com o Desenvolvimento Humano, a partir da aplicação de leis nas relações privadas internacionais que permitam um incremento na liberdade (tida como conceito plural)⁵⁹ e na proteção das pessoas em sua concretude. Como Desenvolvimento Humano, para este fim, toma-se como base a teoria de Amartya Sen, que defende que o desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades positivas e substanciais que as pessoas experimentam.⁶⁰

A hipótese lançada, portanto, não refuta totalmente as teorias que a antecedem, mas as complementa. Como se verá, ainda que se opere adiante a crítica em relação a alguns aspectos tanto das teorias clássicas como daquelas que a elas sucederam, persiste o reconhecimento das contribuições aportadas por cada uma delas à teoria do DIPr.⁶¹ Entretanto, a tese inova e renova, ao propor

⁵⁷ Neste sentido: FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 1.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.105-147. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade, Brasil**, v.1, p.59-73, 1991. NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. KIESTR, Louwrens R. **The impact of the european convention on human rights on private international law**. Maastricht: Asser Press, 2014. COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

⁵⁸ BOELE-WOELKI, Katharina; VAN OOIK, Ronald H. The communitarization of private international law. **4 Yearbook of Private Int'l Law**, v.1, 2002.

⁵⁹ Vide infra subcap. 2.

⁶⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.9.

⁶¹ Como bem notou Stanley E. Cox comentando a teoria de Juenger, "It is easy to criticize a theory for not adequately promoting interstate harmony, for denigrating predictability concerns, or for

uma leitura da teoria do DIPr sob as lentes do Desenvolvimento Humano como função, e assim ressignificar os fundamentos da disciplina. Neste sentido, por exemplo, a tese convive com e complementa o que propôs Batiffol,⁶² sobre um método teleológico que conjugasse interesses privados e interesses gerais, ao mesmo tempo que também convive com e complementa, a teoria de Lagarde da proximidade,⁶³ bem como aquela defendida por Juenger,⁶⁴ bastando que se agregue a estas teorias o vetor do Desenvolvimento Humano entendido como o aumento de liberdades em prol da realização de diferentes funcionamentos.⁶⁵

Propõe-se assim que, partindo deste propósito ou função de fomentar o desenvolvimento humano, as normas e os métodos conflituais devem se conformar com uma ideia de liberdade que será responsável por exercer a função indicativa da norma de conflito para determinar a aplicação de uma ou outra lei.

Pretende-se a princípio demonstrar que a hipótese ventilada tornaria o Direito Internacional Privado brasileiro mais alinhado com a mudança de paradigma experimentada pelos demais ramos do direito privado brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como do Código Civil de 2002. Ressalte-se que as regras de DIPr brasileiras atuais se encontram na antiga Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente renomeada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) que data de 1942, e que é portanto muito anterior ao movimento constitucionalista que conformou a Carta Constitucional e o Código Civil.

Entretanto, ainda que a tese se dirija inicialmente ao DIPr conforme aplicado e ensinado no sistema jurídico brasileiro, a proposta de etapa metodológica lançada tem viés universal, e, portanto, não se esgota no DIPr brasileiro, podendo ser aplicada em outros sistemas conflituais.

downplaying justice in the individual case. But a conflicts theory inevitably emphasizes certain aspects of conflicts problems over others. The honest developer or proponent of a theory recognizes that her theory cannot solve all potential concerns in the conflicts situation equally well." COX, Stanley E. Back to conflicts basics: choice of law and multistate justice by Friedrich K Juenger. **Catholic University Law Review**, v.44, n.2, p.528, Winter 1995.

⁶² BATIFFOL, Henri. **Aspects philosophiques du droit international privé**. Paris: Labrairie Dalloz, 1956. p.346.

⁶³ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. **Recueil des Cours**, v.196, p.25-237, 1986.

⁶⁴ JUENGER, Friedrich K. **Choice of law and multistate justice**. Dordrecht: Nijhoff, 1993.

⁶⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

1.2 INTERNACIONALIDADE DA REGRA DE CONEXÃO

Tendo em vista a pretensão inicial de aplicação da hipótese ao DIPr *brasileiro*, outra premissa que necessita ser estabelecida diz respeito à questão da “verdadeira” internacionalidade do DIPr. A matéria, apesar de ter em seu objeto relações privadas internacionais, suscita discussões sobre sua natureza como direito interno ou internacional. Isto porque o domínio da produção legislativa das regras primárias de DIPr atacam a própria “internacionalidade” da disciplina, que é visto por muitos como um direito eminentemente nacional, porém voltado à resolução de conflitos que apresentam elementos de extraneidade.⁶⁶

A questão que se coloca, portanto, é se de fato o DIPr pode ser considerado um direito “internacional”, no sentido de que suas regras e teorias se formariam sem apego a uma determinada nação, tal como se tem no Direito Internacional Público, com regras criadas a partir de processos democráticos internacionais, como na Assembleia Geral da ONU.

A atual e tradicional forma de criação de regras de DIPr leva-nos a responder à questão negativamente. O DIPr, ainda que tenha regras que são definidas através de processos democráticos internacionais, é considerado pela maioria da doutrina⁶⁷ como sendo um ramo de direito nacional, pois as regras de conflito que vigoram em uma determinada jurisdição são regras criadas internamente e por cada país, com pouco ou nenhum apreço ou preocupação com as regras similares de outras jurisdições.

Alex Mills ao comentar sobre o tema aduz que

⁶⁶ ARAUJO, Nádia. **Direito internacional privado** - teoria e pratica brasileira. 5.ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁶⁷ “Private International Law or the Conflict of Law comprises that body of rules which determines whether local or foreign law is to be applied and, if so, which system of foreign law. Both names are imprecise and misleading. This branch of the law is neither international nor private in character and any conflict is notional only.” LIPSTEIN, Kurt. The general principles of private international law. **Recueil des Cours**, v.135, p.104, 1972. Na doutrina brasileira por exemplo, Oscar Tenório afirma que “O direito internacional privado é direito nacional, pois a existência de um direito realmente internacional importaria na existência de tribunais internacionais, quando, na verdade, existem sistemas nacionais para a solução dos conflitos de leis.” TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970. v.1, p.16.

[...] the origins of private international law involve ideas that are fundamentally different from its present conception. The idea of private international law emerged as part of an international 'law of nations', as an aspect of international ordering. This indicates the possibility of conceptualising private international law from a systemic perspective, as both international and public in character. Second, the fact that radically different approaches have operated in the past highlights the contingency of the modern theoretical perspective on private international law the idea of private international law as autonomous national law.⁶⁸

Mustafa Yasseen compartilha a ideia de Mills, no sentido que o DIPr deveria de fato ter uma regulação internacional, mas também corrobora a consideração de que se trata atualmente de um direito eminentemente nacional:

Or l'idéal serait qu'une matière internationale soit réglementée par des règles de droit qui émanent des sources formelles internationales. Mais il n'en est pas ainsi dans l'état actuel du droit international privé. En effet, les règles de conflit émanent pour la plupart des sources formelles du droit interne et il faut rappeler que l'action unilatérale des États dans ce domaine ne peut pas toujours être uniforme.⁶⁹

Kurt Lipstein igualmente defende a ideia de que o DIPr é um direito nacional, e que a nomenclatura dada à disciplina seria imprecisa,⁷⁰ ideia esta que encontra ressonância também na doutrina brasileira.⁷¹ Para Oscar Tenório, "a expressão 'direito

⁶⁸ "[...] as origens do direito internacional privado envolvem ideias que são fundamentalmente diferentes de sua concepção atual. A ideia de direito internacional privado surgiu como parte de uma "lei das nações" internacional, como um aspecto da ordenação internacional. Isso indica a possibilidade de conceituar o direito internacional privado a partir de uma perspectiva sistêmica, tanto internacional quanto pública. Em segundo lugar, o fato de que abordagens radicalmente diferentes operaram no passado evidencia a contingência da moderna perspectiva teórica sobre o direito internacional privado a ideia de direito internacional privado como lei nacional autônoma." (trad. livre). MILLS, Alex. **The confluence of public and private international law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law**. Cambridge University Press, 2015. p.28.

⁶⁹ "Idealmente, o direito internacional deve ser regulado por regras de direito emanadas de fontes formais internacionais. Mas isso não acontece no estado atual do direito internacional privado. De fato, as regras de conflito emanam para a maioria das fontes formais de direito interno e deve ser lembrado que a ação unilateral dos Estados nesse campo nem sempre pode ser uniforme." (trad. livre). YASSEEN, Mustafa Kamil. *Principes généraux de droit international privé*. **Recueil des Cours**, v.116, p.393, 1965.

⁷⁰ "Private International Law or the Conflict of Laws comprises that body of rules which determines whether local or foreign law is to be applied and, if so, which system of foreign law. Both names are imprecise and misleading. This branch of the law is neither international nor private in character and any conflict is notional only." LIPSTEIN, Kurt. *The general principles of private international law*. **Recueil des Cours**, v.135, p.104, 1972.

⁷¹ "Disciplina jurídica autônoma, sua denominação, apesar de imperfeita, está consagrada. Não é internacional, nem privado, pois é ramo do direito público interno." ARAUJO, Nádia. **Direito internacional privado - teoria e prática brasileira**. 5.ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.35.

internacional privado' é considerada obscura, ambígua e até contraditória. Os termos 'internacional' e 'privado' não se acomodam, é a objeção."⁷²

Destarte, considerou-se como premissa da presente tese o DIPr como sendo um ramo de direito eminentemente nacional, fator este que possibilita a análise comparativa do DIPr desde a ótica do Direito Brasileiro, para a elaboração de um método de DIPr que se alinhe com as tendências mundiais sobre a disciplina enquanto se mantém fiel às bases filosóficas que sustentam o sistema jurídico brasileiro em especial desde a Constituição de 1988. Note-se porém, por outro lado, que ainda que o DIPr seja um ramo de direito interno, a sua teoria se apresenta com viés universal, já que basicamente todos os sistemas jurídicos podem remontar as bases de seus métodos conflituais aos trabalhos dos Estatutistas,⁷³ fato este que permite *inputs e outputs* teóricos universais.

1.3 NATUREZA JURÍDICA DA REGRA DE CONEXÃO

A natureza jurídica da regra de conexão também merece atenção na definição das premissas metodológicas do trabalho.

As regras de DIPr, também chamadas regras de conflito ou conexão, podem ser consideradas quanto à sua natureza como regras indiretas – pelo fato de não apontarem a solução para o mérito da questão, mas tão somente indicarem qual regra deve ser utilizada para a resolução – ou como regras diretas, quando contiverem determinações substanciais que resolvem o mérito da questão.⁷⁴

Para Werner Goldschmidt, a regra de conflito compreende um tipo legal, que delimita o setor social regulamentado, e uma consequência jurídica, que consistiria na declaração do direito aplicável segundo o ponto de conexão. A consequência jurídica

⁷² TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970. v.1, p.16-17.

⁷³ CHESHIRE, NORTH; FAWCETT. **Private international law**. 14th ed. Oxford University Press, 2008. p.3.

⁷⁴ "Quanto à sua natureza, a norma de Direito Internacional Privado é geralmente conflitual, indireta, não solucionadora da questão jurídica em si, mas indicadora do direito interno aplicável, daí ser classificada como sobredireito. Também existem normas substanciais, diretas, como se verá. No plano do direito convencional, fonte internacional, as normas podem ser indiretas quando seguem o método conflitual, como também diretas, quando adotam regras materiais uniformes." DOLLINGER, Jacob, **Direito internacional privado**, Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.47.

de indicação da norma aplicável seria, portanto, o fator que diferenciaria a regra de conflito de um artigo de lei.⁷⁵

A definição de Goldschmidt, assim como aquelas encontradas na doutrina brasileira sobre o DIPr, classificam as regras de DIPr com base na teoria clássica continental europeia, representada principalmente pelo trabalho de Friedrich Carl Von Savigny. Dentro da teoria de Savigny, conforme se trabalhará detalhadamente no próximo capítulo, as regras de DIPr são não apenas indiretas como também se pretendem neutras, ao passo que determinam a aplicação de uma ou outra lei dependendo da natureza da relação, sem considerar o conteúdo da lei comandada para aplicação ou o resultado efetivo decorrente de sua aplicação.⁷⁶

A doutrina também dividiu as regras de DIPr entre regras unilaterais e regras bilaterais. As regras unilaterais se caracterizam pela definição de regras “egoístas” segundo Dolinger, pelo fato de que o próprio estado determina regras que se aplicarão em seu território independentemente de qualquer regra imposta por outro estado. Um exemplo de regra unilateral está na definição de competência dos tribunais pátrios para julgamento de causas com conexão internacional. No caso do Brasil por exemplo, as regras constantes no artigo 23 do novo CPC se caracterizariam como regras unilaterais pois independem de outros estados, e objetivam a aplicação exclusiva da própria lei do foro.⁷⁷

As regras bilaterais, de outra banda, não se preocupariam exclusivamente com a aplicação da lei do foro, mas pretenderiam aplicar a lei que melhor solucionasse o caso, fosse ela interna ou estrangeira.

Andreas Bucher comentando as duas classificações ensina que,

Les règles unilatérales et bilatérales de conflit ont ceci en commun qu'elles désignent, aux conditions qu'elles énoncent, la loi matérielle du même système de droit (le droit du 'for') en tant que droit applicable à un cas particulier compris dans la catégorie de rattachement. La règle bilatérale prévoit, en plus, l'application d'une loi étrangère à certaines situations non régies par la loi du for. Ce sont des règles de conflit attributives d'une situation à un ordre juridique, respectivement aux dispositions pertinentes de celui-ci.⁷⁸

⁷⁵ GOLDSCHMIDT, Werner. **Système et philosophie du droit international privé**. Paris: Librairie Sirey, 1956. p.30-31.

⁷⁶ SAVIGNY, Friedrich von. **Private international law** - a treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time. Trad. William Guthrie. London: Stevens & Sons, 1869.

⁷⁷ DOLLINGER, Jacob, **Direito internacional privado**, Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.47.

⁷⁸ “As regras unilaterais e bilaterais de conflito têm o mesmo significado que designam, nas condições estabelecidas, a lei substantiva do mesmo sistema jurídico (a lei do foro) como a lei aplicável a um caso particular a categoria de apego. A regra bilateral prevê, além disso, a aplicação de uma lei

É importante notar, neste momento, que a questão da natureza jurídica e da classificação da norma conflitual como unilateral ou bilateral está intimamente ligada com a ideia de função que se tem do DIPr dentro da teoria clássica, e que, ainda que se tome tais definições como premissas do trabalho, a aplicação da hipótese da tese ao problema da pesquisa poderá ter o poder de alterar tais classificações, apesar de não se pretender fazê-lo no âmbito da tese.

estrangeira a determinadas situações não reguladas pela lei do foro. Trata-se de regras de conflito que se referem a uma situação a uma ordem legal, respectivamente às disposições relevantes do mesmo.” BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international prive. **Recueil des Cours**, v.341, p.223, 2009.

2 LIBERDADE

Outras premissas necessárias para a contextualização e compreensão da presente tese são as concepções de *Liberdade* e *Função* que serão utilizadas no trabalho, haja vista a multiplicidade de entendimentos que implicam uma impossibilidade de unicidade conceitual⁷⁹ quando se trata destes significantes, que pode se traduzir em inconsistência das hipóteses ventiladas na conclusão.

Discorrendo sobre os conceitos de Liberdade, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk chama a atenção para a pluralidade de concepções que seria “inevitável, ao menos em um discurso plural que não pretenda a absolutização autoritária de elaborações teóricas.”⁸⁰ Ludwig von Mises apresenta entendimento semelhante, quando afirma que “Philosophers and lawyers have bestowed much pain upon attempts to define the concept of freedom or liberty. It can hardly be maintained that these endeavors have been successful.”⁸¹

Para Mortimer Adler, a discussão sobre a liberdade seria complexa por uma variedade de fatores, entre eles a quantidade de problemas que se consideram, a variedade de doutrinas ou teorias existentes, a extensão das questões que se colocam e os tipos de argumentos envolvidos nestas questões.⁸² Fica claro, portanto, que um conceito de liberdade que não se pretenda autoritário, deve conjugar as diferentes dimensões e concepções do vocábulo.

Adota-se aqui também uma abordagem dialética da discussão sobre a liberdade, eis que a mesma se apresenta como premissa da tese, e não objeto individualizado e aprofundado de pesquisa. Pretende-se aqui, portanto, trabalhar-se dialeticamente com os conceitos de liberdade de diferentes autores, com vistas

⁷⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.13.

⁸⁰ Ibid., p.14.

⁸¹ Filósofos e advogados suportaram muita dor em tentativas de definir o conceito de liberdade. Dificilmente se pode afirmar que esses esforços foram bem-sucedidos (trad. Livre). MISES, Ludwig Von. **Human action**: A treatise on Economics. 4th rev. edition. San Francisco: Fox & Wilkes, 1963. p.279.

⁸² “The discussion of freedom is complex in many ways: in the number of problems which have been considered, the variety of doctrines or theories which have been advanced, the range of issues to be found, and the types of arguments involved in the debate of those issues.” ADLER, MORTIMER J. **The idea of freedom**: a dialectical examination of the conceptions of freedom. New York: Doubleday & Company, Inc., 1958. p.83.

a formação de um conceito plural de liberdade, como já defendido por exemplo por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk. Nesta esteira, toma-se a posição de Mortimer Adler em relação à dialética, buscando-se apresentar uma visão objetiva e clara da discussão, sem dela participar.⁸³

A liberdade na teoria política, em especial no ocidente, costuma ser vista desde um prisma de ausência de coerção. O homem livre é aquele que não está aprisionado ou sob ameaça de punição. Ou ainda como definiu Hobbes, “a freeman is he, that in those things, which by his strength and wit is able to do, is not hindered to do what he has a will to do.”⁸⁴ Esta concepção de liberdade é chamada liberdade negativa, pois se caracterizaria por ser a antítese do poder dos outros. A liberdade seria assim uma condição que o indivíduo atinge ao se proteger da compulsão e da ameaça de ser levado a fazer algo compulsoriamente.⁸⁵ Mortimer Adler identifica um grande grupo de autores para os quais a escravidão ou o aprisionamento apresentam exemplos claros de ausência de liberdade.⁸⁶ Entre eles estariam Aristóteles, Locke, Rousseau e Engels, os quais consideravam que o homem livre não tem outro senhor que não ele próprio.⁸⁷

De acordo com Oscar e Mary Handlin, os filósofos e historiadores que se embasaram em uma concepção negativa de liberdade, tentaram entender o seu desenvolvimento por intermédio da análise dos meios pelos quais o homem se protege da interferência do poder de outros. Nesta esteira, como o principal

⁸³ ADLER, Mortimer J. **The idea of freedom**: a dialectical examination of the conceptions of freedom. New York: Doubleday & Company, Inc., 1958. p.6.

⁸⁴ HOBBS, Thomas. **Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill**. London, 1651. McMaster University Archive of the History of Economic Thought. p.129.

⁸⁵ HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary Flug. The dimensions of liberty. **The Belknap Press of Cambridge**, Mass: Harvard University Press, 1961. p.9.

⁸⁶ “The liberty that Hobbes and Hume here seem to have in mind has this much in common with the freedom discussed by Rousseau and Locke: that man have it only under circumstances which enable or permit them to carry out whatever course of conduct they happen to set for themselves. It would also seem to be what Jonathan Edwards has in mind when he approves the ‘meanings of the words “freedom” and “liberty” in common speech’ as indicating ‘the power, opportunity, or advantage that anyone has to do as he pleases; or, in other words, his being free from hindrance or impediment in the way of doing, or conducting in any respect, as he wills.’ In similar vein, J. S. Mill says that ‘liberty consists in doing what one desires’; Bertrand Russel speaks of ‘freedom in general... as the absence of obstacles to the realization of desires’; And John Dewey tells us that ‘freedom is found in that kind of interaction which maintains an environment in which human desire and choice count for something’. ADLER, op. cit., p.86.

⁸⁷ “Epictetus lived his life in bondage as a slave. He would be regarded as unfree by anyone like Aristotle, Locke, Rousseau or Engels, for whom the free man has no master but himself.” Ibid., p.83.

mecanismo de coerção conhecido pelo homem seria o estado, a história da liberdade teria sido escrita como uma sucessão de episódios pelos quais as pessoas tentavam ilidir a interferência do estado.⁸⁸

No entanto, a concepção negativa de liberdade não é suficiente para defini-la.⁸⁹ E, portanto, desde outro ponto de observação, a liberdade também teria uma faceta positiva, a partir da ideia de possibilidade de autodeterminação. Neste ponto, ainda que se considere a existência de uma liberdade negativa no sentido de ausência de barreiras externas, a possibilidade de autodeterminação como liberdade positiva vai depender de outros fatores do que tão somente esta ausência. Oscar e Mary Handlin exemplificam a ideia de liberdade positiva dando o exemplo da liberdade acadêmica e da liberdade de imprensa. Ainda que ambos sejam absolutamente livres na concepção negativa, um professor universitário terá maior liberdade de expressar suas opiniões do que um jornalista, visto a diferença de natureza entre um jornal e uma universidade.⁹⁰

Os conceitos de liberdade negativa e positiva são, no entanto, considerados como conceitos meramente formais, tomados como abstração⁹¹. A ideia da liberdade formal considera a possibilidade de realização ou efetivação de uma dada liberdade de forma meramente abstrata, no sentido que não considera a real e efetiva capacidade do agente em realizar uma determinada conduta ou exercer sua liberdade seja positiva ou negativa.

Para os autores que defendem a liberdade negativa, o poder de se realizar uma determinada liberdade não é considerado como liberdade, senão de fato

⁸⁸ "The historians who have sustained this conception have described the condition of liberty in negative terms. They have sought to understand its development through analysis of the means by which men have defended themselves and their rights against restraint. Since, in modern times, the most compelling engines of coercion have been those organized in government, the history of liberty has been written largely as a succession of episodes and trends through which people have learned to ward off interference by the state." HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary Flug. *The dimensions of liberty*. **The Belknap Press of Cambridge**. Mass: Harvard University Press, 1961. p.10.

⁸⁹ "[...] These instances demonstrate the inadequacy of the idea of liberty as purely the negation of external restraints. A broader conception is necessary to take account of the complexity of the problem." Ibid., p.16.

⁹⁰ "For instance, reporters are less free to express their own opinions than professors, not because they are more subject to control from without, but because a newspaper is a different kind of institution from a university." Ibid., p.11.

⁹¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.13.

como poder.⁹² Como exposto, a liberdade seria a ausência de força externa que demandasse ou proibisse uma ou outra conduta, e o homem livre seria aquele que disfrutasse de tal ausência coercitiva. Uma pessoa sem pernas seria, portanto, livre para caminhar pelos campos, mas talvez não teria o poder de fazê-lo. Nem por isso, deixaria de ser considerada como livre dentro da ideia de liberdade negativa e formal, como expos Hobbes, “But when the impediment of motion is in the constitution of the thing itself, we use not to say it wants the liberty, but the power, to move; as when a stone lieth still, or a man is fastened to his bed by sickness.”⁹³

À ideia da liberdade formal, contrapõe-se a de liberdade substancial, que vai considerar para a análise da liberdade, a possibilidade substantiva de realização daquilo que se deseja, não considerando este *poder* como sendo algo distinto, mas sim como dimensão da liberdade. Para os que defendem a ideia de liberdade substancial, portanto, só será livre aquele que detiver o poder de realizar a sua liberdade. Como notam Oscar e Mary Handlin,

It may be, as Mortimer Adler maintains, that beyond the immense variety of theories of liberty there is a common understanding that liberty in general consists of the ability or power of some sort to act in some way for some result. [...] Liberty in operation consists, then, not in the negation, but in the use, of power.⁹⁴

Tais concepções e nuances do que se entende por liberdade são essenciais para a compreensão da tese que se propõe, pois, as diferentes dimensões da liberdade⁹⁵ devem ter papel essencial na determinação da regra de conflito do sobredireito, conforme se demonstrará.

⁹² “These thinkers thus had to introduce na additional element to make their conceptions of liberty as the absence of restraint conform to the actualities of the real world. They distinguished between the power of the individual which was the necessary condition enabling him to act and his freedom which was the sufficient condition.” HANDLIN, Mary Flug. *The dimensions of liberty*. **The Belknap Press of Cambridge**, Mass: Harvard University Press, 1961. p.17.

⁹³ “Mas quando o impedimento do movimento está na constituição da coisa em si, nós não costumamos dizer que ela quer a liberdade, mas o poder, para se mover; como quando uma pedra está parada, ou um homem é preso à sua cama por uma doença.” (trad. livre). HOBBS, Thomas. **Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill**. London, 1651. McMaster University Archive of the History of Economic Thought. p.129.

⁹⁴ “Pode ser, como Mortimer Adler sustenta, que além da imensa variedade de teorias da liberdade haja um entendimento comum de que a liberdade em geral consiste na capacidade ou poder de algum tipo de agir de alguma forma para algum resultado. [...] A liberdade na operação consiste, então, não na negação, mas no uso do poder”. (trad. livre). HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary Flug. **The dimensions of liberty**. **The Belknap Press of Cambridge**. Mass: Harvard University Press, 1961. p.18.

⁹⁵ “Ora a Liberdade é pensada como ausência de restrições externas, ora como a possibilidade de o seu titular ser senhor de si mesmo, em um sentido de autodeterminação; ora como algo que se assegura abstratamente, ora como algo que só pode ser compreendido na concretude de sua vivência, ou seja, uma capacidade efetiva de agir.” RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.17.

Dividindo de forma didática aqueles autores que se debruçaram sobre a temática da liberdade, Ruzyk coloca-os em dois grupos: de um lado os *libertarians* (libertários) e de outro os *egalitarians* (igualitários). Entre os *libertarians*, estariam Robert Nozick e Friedrich von Hayek, que defendem uma visão negativa da liberdade, representada pela ausência de coerção,⁹⁶ enquanto que entre os *egalitarians* estariam por exemplo Amartya Sen e Ronald Dworkin, que defendem uma visão de liberdade positiva e substancial, que se concretizaria na capacidade concreta de realizar aquilo que cada pessoa valoriza.⁹⁷

Os autores considerados *egalitarians*, como é o caso de Amartya Sen⁹⁸, que é tomado como marco teórico da presente tese, entendem que a liberdade somente será efetiva quando os agentes detiverem os instrumentos necessários para exercer de fato esta liberdade, de tal modo que a liberdade meramente formal não contribuiria necessariamente para o desenvolvimento das relações humanas. Para os *egalitarians*, não parece ser suficiente para a definição de liberdade meramente formal, como ausência de circunstâncias coercitivas. Para estes, o indivíduo não será livre, a menos que as circunstâncias lhe deem oportunidade para realizar qualquer desejo dentre uma série de possibilidades.⁹⁹

Neste sentido, Amartya Sen ao comentar o papel essencial que as diferentes formas de liberdade têm para o desenvolvimento humano, nota que a “condição de agente de cada um é inescapavelmente restrita e limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas de que dispomos.”¹⁰⁰ Sen argumenta que a posição de uma pessoa no arranjo social pode ser julgada desde duas perspectivas diferentes, que seriam as suas conquistas de um lado, e a liberdade de conquistar de outro. Dentro desta ótica, a conquista se refere àquilo que se consegue de alguma forma realizar, enquanto a liberdade se refere à real oportunidade que se tem de se realizar aquilo que se valoriza.¹⁰¹

⁹⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.16.

⁹⁷ RUZYK, loc. cit.

⁹⁸ SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. Harvard University Press, 1995. p.12.

⁹⁹ ADLER, Mortimer J. **The idea of freedom**: a dialectical examination of the conceptions of freedom. New York: Doubleday & Company, Inc., 1958. p.115.

¹⁰⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.10.

¹⁰¹ “A person’s position in a social arrangement can be judged in two different perspectives, viz. (1) the actual achievement, and (2) the freedom to achieve. Achievement is concerned with what we manage to accomplish, and freedom with the real opportunity to accomplish what we value.” SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. Harvard University Press, 1995. p.31.

Para Ruzyk, a “prevalência de um conceito formal de liberdade, tomada como abstração, pode ser fonte da eliminação das liberdades substanciais ou liberdades tomadas como efetividade.”¹⁰²

Hayek de outro lado, acredita que a liberdade é o estado em que todos são autorizados a utilizar seus conhecimentos para seus propósitos, restritos tão somente por regras de conduta justas de aplicação universal, e se baseia na frase de Adam Smith de que todo homem deva ser deixado perfeitamente livre para perseguir seus interesses como lhe aprouver.¹⁰³ “The state in which a man is not subject to coercion by the arbitrary will of another or others is often also distinguished as ‘individual’ or ‘personal’ freedom”.¹⁰⁴ A ótica de Hayek, assim como a de Hobbes, considera a liberdade formal como algo distinto do poder em exerce-la, na medida em que a caracteriza tão somente a partir da ausência de coerção arbitrária. Hayek, assim como Hobbes, critica a confusão entre liberdade e poder, e atribui esta a John Dewey, quando este afirma que a demanda pela liberdade é a demanda pelo poder.¹⁰⁵

Robert Nozick estaria no mesmo grupo, por defender que a liberdade ampla se caracterizaria como espaço de não-restrição. Nozick defende a ideia de que o estado mínimo seria a maior extensão justificável de um estado, e portanto, qualquer extensão maior violaria os direitos das pessoas.¹⁰⁶ Nozick trabalha principalmente com a ideia de propriedade e os processos de obtenção da propriedade, desde a aquisição original e a transferência justa de título. Em Nozick, como a vida, a liberdade e a propriedade são direitos iguais, a retirada da propriedade é equivalente à retirada de liberdade.

Entre os autores tidos como *libertarians*, é marcante a ideia do estado como ente coator e visível o esforço da teoria para firmar a ideia de liberdade como sendo a ausência de coerção por outro que não si próprio. Visto sob um prisma

¹⁰² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.13.

¹⁰³ HAYEK, F.A. **Law, Legislation and Liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy**. London: Routledge, 1998. v.1, p.55-56.

¹⁰⁴ HAYEK, F. A. **The constitution of liberty: the definitive edition**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p.58.

¹⁰⁵ HAYEK, loc. cit.

¹⁰⁶ NOZICK, Robert. **Anarchy, state and utopia**. New York: BasicBooks, [1974]. p.149.

histórico, e contextualizado o momento do desenvolvimento da raiz destas teorias, não há dúvidas que a liberdade nas suas concepções negativa e formal desempenharam papel fundamental para o desenvolvimento humano e que ainda o seguem desempenhando.¹⁰⁷

Os *egalitarians* por sua vez, demonstram o desenvolvimento de uma corrente de pensamento sobre as dimensões da liberdade, que toma como ponto de partida um momento histórico em que já se desfruta, pelo menos no mundo Ocidental, de um grau de liberdades negativas e formais que permitem um grau de autonomia muito maior do que se via nos três séculos que se antecederam, mas que não são suficientes para se atingir o próximo degrau na escala evolutiva social. É de se dizer que as concepções de liberdade negativa e formal que se defendiam nos últimos quatrocentos anos já atingiram um patamar de efetivação que ainda que não dispensem de forma alguma sua importância e atualidade, não são suficientes por si só para definirem o que se entende por liberdade na sociedade complexa do século XXI. Os *egalitarians* se caracterizam assim pela preocupação com a igualdade de oportunidades na efetivação da liberdade, não considerando tal como poder, mas como dimensão da liberdade dentro de um conceito plural. Segundo Adler, estes autores consideram as circunstâncias favoráveis à liberdade como positivas no sentido de que se constituem pela presença de condições que permitem ao indivíduo agir como desejar, sendo facilitadoras e não meramente permissivas.¹⁰⁸ Adler explica que,

Other writers take the view that freedom, while always dependent on the absence of obstructive circumstances, may also be affected by a lack of enabling or facilitating means, such as strength, health, knowledge, skill, and physical instrumentalities of one sort or another. In their view the freedom that is dependent on such means as well as on the absence of impediments or deterrents to action remains circumstantial in character.¹⁰⁹

¹⁰⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.13.

¹⁰⁸ ADLER, Mortimer J. **The idea of freedom: a dialectical examination of the conceptions of freedom**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1958. p.121.

¹⁰⁹ “Outros autores entendem que a liberdade, embora sempre dependente da ausência de circunstâncias obstrutivas, também pode ser afetada pela falta de meios empoderadores ou facilitadores, como força, saúde, conhecimento, habilidade e instrumentos físicos de um tipo ou outro. Em sua opinião, a liberdade que depende de tais meios, bem como a ausência de impedimentos ou impedimentos à ação, permanece de caráter circunstancial”. (trad. livre). ADLER, loc. cit.

É interessante a classificação dos autores entre libertários e igualitários, diante do contraste comumente apresentado entre liberdade e igualdade, sem que se desvie o foco para o campo político. Como nota Sen, “someone’s position in the alleged conflict between equality and liberty has often been seen as a good indicator of his or her general outlook on political philosophy and political economy”.¹¹⁰ No entanto, ainda que se possa afirmar os autores considerados como *libertarians* tenham uma preocupação maior com a “liberdade” do que com a “igualdade” (o que se traduz na prática de certa forma também em tamanho e papel do estado), fato que os tornaria de acordo com Sen, “anti-egalitarians”¹¹¹, a dicotomia entre liberdade e igualdade é falha, pois a segunda suplementa a primeira e não se opõe.¹¹²

Diante deste contraste, é compreensível que os *libertarians* se preocupem com conceitos formais de liberdade, seja negativa ou positiva, pois a preocupação com a liberdade se sobreporia à preocupação com a igualdade, e consequentemente com a possibilidade substancial de um agente exercer uma dada liberdade. Porém, como visto, a possibilidade substancial de realização e efetivação de liberdades também deve ser visto como um aspecto indissociável de um conceito de liberdade historicamente construído e considerado.

A compreensão da liberdade como um conceito plural e que abarca as quatro dimensões aqui demonstradas é essencial para o desenvolvimento da tese. Como se verá adiante, a liberdade como conceito plural deverá funcionar como vetor indicativo dentro do método conflitual de DIPr proposto, com ênfase especial no aspecto substancial da liberdade como defendido por Amartya Sen.

¹¹⁰ “A posição de alguém no alegado conflito entre igualdade e liberdade tem sido muitas vezes vista como um bom indicador da sua visão geral sobre filosofia política e economia política.” (trad. livre). SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. Harvard University Press, 1995. p.21.

¹¹¹ SEN, loc. cit.

¹¹² [...] this way of seeing the relationship between equality and liberty is altogether faulty. Libertarians must think it important that people should have liberty. Given this, questions would immediately arise regarding: who, how much, how distributed, how equal? Thus the issue of equality immediately arises as a supplement to the assertion of the importance of liberty. [...] The belief that liberty is important cannot, thus, be in conflict with the view that it is important that the social arrangements be devised to promote equality of liberties that people have.” SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. Harvard University Press, 1995. p.22.

3 FUNÇÃO

A função é outro conceito fundamental para o desenvolvimento e conclusão da tese ora apresentada, pois neste conceito reside o cerne da proposição hipotética.

Como nota Ruzyk, ao tratar sobre a dimensão funcional do Direito Civil, “trata-se de definir instrumentos de compreensão e de aclarar, o quanto possível, os significantes, para que se possa seguir adiante e compreender sobre que função se está a versar em cada etapa do desenvolvimento do trabalho.”¹¹³

O marco teórico da concepção de função que se utilizará neste trabalho é Robert Merton, que tratou do tema em sua obra “*Social theory and social justice*”. Merton defende a importância da análise funcional para a solução de problemas de interpretação sociológica,¹¹⁴ e ao mesmo tempo nota a existência da confusão terminológica que a abordagem funcional costuma sofrer.¹¹⁵

O autor enumera cinco¹¹⁶ conotações do termo “função” que são comumente usadas, entre elas a função como ocupação em Weber,¹¹⁷ a função

¹¹³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.144.

¹¹⁴ “Functional analysis is at once the most promising and possibly the least codified of contemporary orientations to problems of sociological interpretation.” MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968. p.73.

¹¹⁵ “From its very beginnings, the functional approach in sociology has been caught up in terminological confusion. Too often, a single term has been used to symbolize different concepts, just as the same concept has been symbolized by different terms. Clarity of analysis and adequacy of communication are both victims of this frivolous use of words. At times, the analysis suffers from the unwitting shift in the conceptual content of a given term, and communication with others break down when the essentially same content is obscured by a battery of diverse terms. We only have to follow, for a short distance, the vagaries of the concept of ‘function’ to discover how conceptual clarity is effectively marred and communication defeated by competing vocabularies of functional analysis.” Ibid., p.74.

¹¹⁶ Para a análise em questão e considerando o vocábulo função em língua portuguesa, a primeira conotação de função em Merton não será considerada como tal. “There is first, popular usage, according to which function refers to some public gathering of festive occasions, usually conducted with ceremonial overtones.” MERTON, loc. cit.

¹¹⁷ “A second usage makes the term function virtually equivalent to the term occupation. Max Weber, for example, defines occupation as ‘the mode of specialization, specification and combination of the functions of an individual so far as it constitutes for him the basis of a continual opportunity for income or for profit.’ This is a frequent, indeed almost a typical usage of the term by some economists who refer to the ‘functional analysis of a group’ when they report the distribution of occupations in that group.” MERTON, loc. cit.

matemática de Leibniz,¹¹⁸ e a função como atividades a serem desenvolvidas por um oficial (funcionário).¹¹⁹ No entanto, o uso que seria central para a análise funcional desde a perspectiva da sociologia e da antropologia social seria aquele adotado da biologia, no qual “the term function is understood to refer to the ‘vital or organic processes considered in the respects in which they contribute to the maintenance of the organism.’”¹²⁰

Norberto Bobbio tratando igualmente sobre o uso conceitual da função, adota a definição da biologia, “por meio da analogia da sociedade humana com o organismo animal, e no qual por ‘função’ se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento.”¹²¹

O antropólogo e sociólogo inglês Radcliffe-Brown chama a atenção, no entanto, para situações em que a analogia entre biologia e sociedade encontra entraves. Neste sentido, nota que:

In an animal organism it is possible to observe the organic structure to some extent independently of its functioning. [...] But in human society, the social structure as a whole can only be observed in its functioning. Some of the features of social structure, such as the geographical distribution of individuals and groups can be directly observed, but most of the social relations which in their totality constitute the structure, such as relations of father and son, buyer and seller, ruler and subject, cannot be observed except in the social activities in which the relations are functioning. It follows that a social morphology cannot be established independently of a social physiology.¹²²

¹¹⁸ “Since it was first introduced by Leibniz, the word function has its most precise significance in mathematics, where it refers to a variable considered in relation to one or more other variables in terms of which it may be expressed or on the value of which its own value depends.” MERTON, Robert. **Social Theory and Social Structure**. New York: The Free Press, 1968, p.75.

¹¹⁹ “A third usage, [...] is found both in popular speech and political science. Function is often used to refer to the activities assigned to the incumbent of a social status, and more particularly, to the occupant of an office or political position.” MERTON, loc. cit.

¹²⁰ MERTON, loc. cit.

¹²¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole 2007. p.103.

¹²² “Em um organismo animal, é possível observar a estrutura orgânica em certa medida, independentemente de seu funcionamento. [...] Mas na sociedade humana, a estrutura social como um todo só pode ser observada em seu funcionamento. Algumas das características da estrutura social, como a distribuição geográfica de indivíduos e grupos podem ser observadas diretamente, mas a maioria das relações sociais que em sua totalidade constituem a estrutura, tais como relações de pai e filho, comprador e vendedor, governante e sujeito, não pode ser observado, exceto nas atividades sociais em que as relações estão funcionando. Segue-se que uma morfologia social não pode ser estabelecida independentemente de uma fisiologia social.” (trad. livre). RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. **Structure and function in primitive society: essays and addresses**. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1952. p.181.

Da mesma forma, Ruzyk, comentando sobre a dimensão funcional do Direito Civil, pondera sobre a compatibilidade do conceito sociológico de função e “se a sua recepção pura e simples pelo jurídico seria realmente compatível com o sentido que contemporaneamente a função pode assumir no Direito Civil.”¹²³ Segundo o autor, “cabe ponderar que a recepção dessa concepção de função pelo Direito se opera simplesmente pelo transporte dos conceitos que compõem uma análise funcional em termos sociológicos.”¹²⁴

A ideia de função derivada da biologia necessita, portanto, ser adaptada para as relações sociais. Isto porque a mera transposição de conceitos, nos quais o indivíduo passa a ser considerado como uma célula de um organismo, e na qual a função de qualquer atividade recorrente representa uma contribuição para a manutenção da continuidade estrutural da sociedade¹²⁵, não representa a realidade das relações e da constituição das estruturas sociais contemporâneas, conforme se verá a seguir. Como expõe Ruzyk, “a apreensão jurídica do conceito de função de que se está a falar não depende, necessariamente, de subscrever todos os conceitos a ela conexos na análise funcionalista, mas, tão-só, os *loci* em que ela se insere e aos quais se refere.”¹²⁶

Nesta mesma esteira de adaptação dos conceitos e instrumental da análise funcional, Merton ataca três postulados que seriam interconectados e que teriam sido comumente adotados pelos analistas funcionais, mas que para ele são discutíveis em sua qualidade e desnecessários para a orientação funcional.¹²⁷

Estes postulados definem que (1) os itens culturais ou atividades sociais padronizadas são funcionais para o *todo* social ou item cultural; (2) que *todos* estes itens sociais e culturais cumprem funções sociológicas; e (3) que portanto, estes

¹²³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.146.

¹²⁴ RUZYK, loc. cit.

¹²⁵ “Radcliffe-Brown is the most often explicit in tracing his working conception of social function to the analogical model found in the biological sciences. After the fashion of Durkheim, he asserts that ‘the function of a recurrent physiological process is thus a correspondence between it and the needs (i.e. the necessary conditions of existence) of the organism.’ And in the social sphere where individual human beings, ‘the essential units’, are connected by networks of social relations into an integrated whole, ‘the function of any recurrent activity, such as the punishment of a crime, or a funeral ceremony, is the part it plays in the social life as a whole and therefore the contribution it makes to the maintenance of the structural continuity.’” MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968, p.76.

¹²⁶ RUZYK, op. cit., p.148.

¹²⁷ MERTON, op. cit., p.79.

itens são *indispensáveis*.¹²⁸ Merton nomeia-os como (1) Postulado da Unidade Funcional da Sociedade; (2) Postulado da Funcionalidade Universal; e (3) Postulado da Indispensabilidade.

A desconstrução destes postulados por parte de Merton se mostra essencial para o tipo de análise funcional que se pretende empreender em relação ao DIPr, pois a sua manutenção representa entraves teóricos que não se comprovam na prática, e podem atrapalhar a compreensão da análise realizada. Em especial, a desconstrução da ideia de um sistema totalizante no que toca à função servirá de base para a aplicação da hipótese em uma sociedade plural e que não se encerra em um “todo unívoco, totalizante e abstrato.”¹²⁹

Iniciando-se pelo postulado da Unidade Funcional da Sociedade, Merton afirma que a noção de unidade funcional não é um postulado que está além da comprovação empírica. Segundo ele, o grau de integração é uma variável empírica, que se modifica dentro da mesma sociedade de tempos em tempos, e que difere entre sociedades. Isto implica no fato de que ainda que todas as sociedades experimentem algum grau de integração, nem todas terão um alto grau de integração no qual *toda* atividade padronizada será funcional para toda a sociedade e de forma uniforme para os seus membros. Para Merton, os usos, costumes ou sentimentos sociais podem ser funcionais para alguns grupos e disfuncionais para outros dentro da mesma sociedade.¹³⁰

A observação feita por Merton sobre o postulado da unidade funcional é essencial para a análise funcional das regras de conflitos de leis, e muito do que foi escrito até o momento em relação ao que se denomina Ordem Pública Internacional tem raízes teóricas em uma ideia de unidade funcional da sociedade,

¹²⁸ “Substantially, these postulates hold first, that standardized social activities or cultural items are functional for the entire social or cultural system; second, that all such social and cultural items fulfill sociological functions; and third, that these items are consequently indispensable.” MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968, p.76.

¹²⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.149.

¹³⁰ “It seems reasonably clear that the notion of functional unity is not a postulate beyond the reach of empirical test; quite the contrary. The degree of integration is an empirical variable, changing for the same society from time to time and differing among various societies. That all human societies must have some degree of integration is a matter of definition – and begs the question. But not all societies have that high degree of integration in which every culturally standardized activity or belief is functional for the society as a whole and uniformly functional for the people living in it. [...] Social usages or sentiments may be functional for some groups and dysfunctional for others in the same society.” MERTON, op. cit., p.81.

que por sua vez se embasa na ideia de função apropriada do campo da biologia. De acordo com Merton, os graus de integração social que renderiam uma unidade funcional da sociedade somente se verificam em sociedades iletradas, nas quais se analisam somente as consequências aparentemente integrativas, em especial da religião.¹³¹ Destarte, a adoção do postulado da unidade funcional não poderia ser posicionada utilmente para fins de observação e generalização, e deve portanto ser descartada na análise funcional sociológica.¹³²

Em relação ao segundo postulado, da Funcionalidade Universal, Merton nota que este também desvirtua parte crítica da atenção de um apanhado de consequências não funcionais de formas culturais existentes. Ao inferir que todas as atividades sociais ou formas culturais padronizadas tem uma função positiva, o postulado traria imputações de “função” que agregariam pouco ou quase nada para a descrição direta do padrão cultural ou forma de comportamento.¹³³ Como exemplo, o autor cita Kluckhohn, que ilustra o ponto ao se referir aos botões das mangas dos paletós modernos, que teriam a “função” de preservar o familiar e as tradições, função esta que não contribui para a descrição de padrões culturais e comportamentais.¹³⁴

Finalmente, no que toca ao postulado da Indispensabilidade, Merton dirige suas críticas inicialmente à ambiguidade do postulado, razão pela qual vê a questão da indispensabilidade como contendo em verdade duas asserções que seriam relacionadas mas distintas, ou distinguíveis; primeiro, seria a assunção de que existem algumas funções que são indispensáveis para a sociedade, no sentido de que na ausência destas funções a sociedade não sobreviveria. Merton chama isto de “precondições funcionais necessárias”. Já a segunda asserção seria de que “certas formas culturais ou sociais” seriam indispensáveis para cumprir esta função.¹³⁵

Para Merton, a segunda asserção do postulado da indispensabilidade teria maculado a análise funcional por levar a assunções subsidiárias que trariam

¹³¹ MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968, p.83.

¹³² MERTON, loc. cit.

¹³³ Ibid., p.85.

¹³⁴ MERTON, loc. cit.

¹³⁵ “In short, the postulate of indispensability as it is ordinarily stated contains two related, but distinguishable, assertions. First, it is assumed that there are certain functions which are indispensable in the sense that unless they are performed, the society (or group or individual) will not persist. This, then, sets forth a concept of functional prerequisites, or preconditions functionally necessary for a society, and we shall have occasion to examine this concept in some detail. Second, and this is quite another matter, it is assumed that certain cultural or social forms are indispensable for fulfilling each of these functions.” Ibid., p.87.

dificuldades teóricas diversas. Ainda, Merton entende que esta asserção tiraria a atenção do analista funcional do fato de que estruturas sociais alternativas, assim como formas culturais, teriam servido, sob diferentes condições, as funções necessárias para a continuidade de grupos sociais.¹³⁶

As críticas vocalizadas pelo autor parecem essenciais para a correta aplicação da análise funcional no campo do direito, quanto mais em uma época em que o direito se pretende plural, reconhecedor das diferenças e protetor da pessoa em sua concretude dentro das relações sociais. E é justamente a partir da crítica ao postulado da indispensabilidade que Merton estabelece um teorema da análise funcional que é essencial para a presente tese: “just as the same item may have multiple functions, so may the same function be diversely fulfilled by alternative items”.¹³⁷

O teorema proposto por Merton para a análise funcional é fundamental pois estabelece que as necessidades funcionais devem ser entendidas como sendo permissivas e não como determinantes, de estruturas sociais específicas. Como se verá adiante, o DIPr funcionalizado para o Desenvolvimento Humano deverá permitir que exista um grau de variação nas estruturas sociais que cumprem a função manifesta do conflito de leis, orientada pela liberdade como conceito plural.

Como bem explica Ruzyk, “Em outras palavras, dado instituto jurídico pode realizar prestações/contributos (e, assim, realizar uma função) para algo ou alguém (ou para atender as necessidades de algo ou de alguém), que não precisa, necessariamente ser o todo social.”¹³⁸ E segue com importante lição ao afirmar que

O destinatário, diferentemente das noções que o assumem como o todo social, pode ser a pessoa concreta em relação, integrante de uma rede de intersubjetividades, seja ela titular de uma dada posição jurídica seja, mesmo, um terceiro que pode sofrer as repercussões do exercício dessa posição jurídica pelo respectivo titular. Não se trata, como se vê, nem da abstração da sociedade totalizante, nem do indivíduo atomizado.¹³⁹

Robert Merton sistematiza esta ideia de análise funcional a partir das definições de função manifesta e função latente, que serão apreendidas para o

¹³⁶ MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968. p.87.

¹³⁷ “Assim como o mesmo item pode ter múltiplas funções, a mesma função pode ser diversamente preenchida por itens alternativos”. (trad. livre). Ibid., p.87-88.

¹³⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.148.

¹³⁹ Ibid., p.148-149.

desenrolar da tese. Segundo Merton, a distinção é necessária diante da confusão na sociologia entre “motivações conscientes e suas consequências objetivas”.¹⁴⁰

A função manifesta se referiria àquelas consequências objetivas para uma unidade específica (pessoa, subgrupo, sistema social ou cultural) que contribui para o seu ajuste ou adaptação e assim pretendiam; já a função latente se referiria a consequências não pretendidas ou não reconhecidas da mesma ordem.¹⁴¹ Aqui, a análise se restringirá à função manifesta do DIPr, por ser a dimensão da função que importa para o Direito, sendo as funções latentes objeto de estudo de outros ramos como a sociologia e a economia.

Tendo em vista que o presente trabalho visa propor o estabelecimento da função do DIPr como liberdade, servindo este como fator de mudança social através da aplicação de leis que incrementem ao máximo as liberdades (em especial substanciais) das pessoas em relações privadas internacionais, atuando assim como contributo para o Desenvolvimento Humano, há que se reconhecer as funções manifestas do DIPr, não como conceitos meramente teóricos, mas práticos. Isto porque, de acordo com Merton, “as funções sociais de uma organização ajudam a determinar a estrutura (incluindo o recrutamento de pessoal envolvido na estrutura), assim como a estrutura ajuda a determinar e efetividade com que as funções são cumpridas.”¹⁴²

Logo, no capítulo que segue, identificar-se-á a função manifesta do DIPr dentro da teoria clássica, tanto na sua vertente europeia continental, como também na tradição da *common law*, analisando nos autores clássicos quais eram as consequências objetivas buscadas pelo DIPr.

Na sequência, buscar-se-á demonstrar de que forma o DIPr pode ser funcionalizado para a liberdade, assumindo o Desenvolvimento Humano (aqui entendido como liberdades em conceito plural) como função manifesta das regras de conflitos de leis, a orientar todo o sistema conflitual, superando-se a estrutura e teoria clássica do DIPr persistente até hoje no direito brasileiro. Por intermédio da função manifesta do DIPr, portanto, e dentro das premissas aqui estabelecidas, se demonstrará a mudança de paradigma que reclama a mudança estrutural das regras de conflito.

¹⁴⁰ MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968. p.115.

¹⁴¹ “This is the rationale for the distinction between manifest functions and latent functions; the first referring to those objective consequences for a specified unit (person, subgroup, social or cultural systems) which contribute to its adjustment or adaptation and were so intended; the second referring to unintended and unrecognized consequences of the same order.” (trad. livre). Ibid., p.117.

¹⁴² Ibid., p.136.

CAPÍTULO 2 A FUNÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA TEORIA CLÁSSICA

Esta seção pretende demonstrar de que forma a ideia de função foi trabalhada dentro do DIPr nas teorias clássicas europeias continentais e na tradição da Common teoria de Savigny.

Para tanto, empreendeu-se a pesquisa dos autores considerados como clássicos nestas duas escolas de pensamento. Na tradição civilista, trabalhou-se com a obra de Savigny,¹⁴³ como principal autor e ponto de referência,¹⁴⁴ seguido pelas adições à teoria savigniana apresentadas por Mancini¹⁴⁵ e Pillet.¹⁴⁶ Já na tradição da common law, foram analisados os trabalhos de Joseph Story,¹⁴⁷ e a sequência do pensamento em Albert Van Dicey¹⁴⁸ e Joseph Beale,¹⁴⁹ que culminaram com o 1st Restatement on the conflicts of law, que constituiu a base do sistema conflitual norte-americano até meados da década de 60 do século XX.

Segundo Erik Jayme, é no Século XIX que se elabora o que se chama de direito internacional privado clássico, a partir da obra do autor alemão Friedrich Carl von Savigny, “qui avança l'idée qu'on devait chercher le siège d'un rapport juridique dans un système de droit plutôt que de déterminer le domaine d'application des lois. Ce changement de point de vue a bouleversé les théories précédentes.”¹⁵⁰

¹⁴³ SAVIGNY, Friedrich von. **Private international law: a Treatise on the Conflict of Laws and the limits of their operation in respect of place and time.** Trad. William Guthrie. London: Stevens & Sons, 1869.

¹⁴⁴ “On peut lui accoler – comme on le fera parfois dans les développements qui suivent – l'adjectif de ‘savignienne’, bien que la portée exacte de l'œuvre de Savigny soit discutée. Il est commode que, dans l'histoire des doctrines, certains auteurs soient considérés comme des points de référence. Même si les solutions préconisées par Savigny n'ont pas toujours été reçues en droit positif, il paraît peu contestable qu'il a le premier analysé la méthode qui devait être érigée peu après en méthode unique.” AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la ‘crise’ des conflits de lois). **Recueil des Cours**, v.186, p.232, 1984.

¹⁴⁵ MANCINI, Pasquale Stanislao. **Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti.** Torino: Giappichelli, 1994.

¹⁴⁶ PILLET, Antoine. La théorie générale des droit acquis. **Recueil des Cours**, v.8, 1925.

¹⁴⁷ STORY, Joseph. **Commentaries on the conflicts of laws.** 1834.

¹⁴⁸ DICEY, Albert Venn. A digest of the law of England with reference to the Conflict of Laws. [s.l.]: [s.n.], 1896.

¹⁴⁹ BEALE, Joseph Henry. **A treatise on the conflict of laws.** New York: Baker, Voorhis & Co, 1935.

¹⁵⁰ que propõem a ideia de que se deve buscar a sede de uma relação jurídica em um sistema legal, em vez de determinar o escopo das leis. Esta mudança de perspectiva perturbou as teorias anteriores. (trad. livre). JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. Cours Generale. **Recueil des Cours**, v.251, p.40, 1995.

A teoria de Savigny, que se funda na ideia de uma sede natural das relações jurídicas para solução dos conflitos de leis no espaço, inaugura, portanto, o DIPr clássico e perfaz a base do método conflitual brasileiro até os dias de hoje. Por este motivo, a teoria de Savigny, e a sua superação quase dois séculos depois de sua criação, são o ponto de partida da presente tese.

1 NA TRADIÇÃO EUROPEIA CONTINENTAL

Para que se possa proceder à análise pretendida do direito internacional privado, parte-se da observação de sua *função manifesta* em sua concepção clássica, que encontra basicamente duas vertentes: ordenação internacional do poder regulatório dos estados e reconhecimento nacional de direitos privados.¹⁵¹

A primeira vertente entende como função manifesta do direito internacional privado, a divisão ordenada de capacidade regulatória entre os estados, de acordo com o interesse deste em regular determinada conduta sob determinadas condições. Esta visão, adotada por Savigny,¹⁵² permite aos estados determinarem a aplicação de suas leis em situações que lhes interessa regular, e permite a aplicação de leis estrangeiras a situações que em princípio não lhe interessam.

Antes porém de adentrar nos detalhes da teoria conflitual de Savigny, é essencial contextualizar o trabalho do autor e o que o mesmo buscava atingir.

Savigny realizou sua obra sobre conflitos de leis na forma do oitavo volume de seu Tratado sobre o sistema de Direito Romano, escrito na primeira metade do século XIX. Como nota Andreas Bucher, o liberalismo do século XVIII e da primeira metade do século XIX se desenvolve em uma época marcada pelo realismo e pelo positivismo, caracterizado principalmente pela ideia de *nação* e pela consciência da soberania dos estados.¹⁵³

Apesar de ser apenas um dos muitos volumes escritos, o Tratado em Direito Internacional Privado era considerado completo em si mesmo, podendo ser destacado dos demais volumes do Tratado sem que perdesse seu valor como autoridade doutrinária legal.¹⁵⁴ Não obstante, Savigny pensava em sua obra de fato como um *sistema*, e mais do que isso, um sistema *universal* (assim como o próprio Direito Romano se propunha), visto que para ele existiriam “elementos de verdade” comuns a todas as nações, que se diferenciavam puramente por serem tratadas de forma errada ou por exagero. Nas palavras de Savigny,

¹⁵¹ MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, p.448, 2013.

¹⁵² SAVIGNY, Friedrich Carl. **Private international law** – a treatise on the conflict of laws 5 (William Guthrie trans.) 1869. p.17.

¹⁵³ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. **Recueil dès Cours**, v.341, p.58, 2009.

¹⁵⁴ SAVIGNY, op. cit., p.10.

Finally, great attention is due to what may be called the relative truth of the opinions which we dispute. In a view which we are compelled to reject as decidedly wrong, we often recognise an element of truth which has only been transformed into error by a mistaken treatment or one-sided exaggeration. This occurs especially in many cases where the error only consists in regarding the concrete in too universal, or the general in too concrete, an aspect. The separation and recognition of such a true element in the views which we dispute may be of great importance to science; it is particularly adapted, in the case of unprejudiced, truth-loving disputants, to bring about mutual understanding, and so to effect the purest and most satisfactory determination of the controversy, by resolving the opposing views into a higher unity.¹⁵⁵

Esta passagem do pensamento de Savigny, já na introdução de sua obra, é esclarecedora das funções manifestas e latentes do DIPr para este autor. Como função manifesta, estaria a resolução dos conflitos de leis de acordo com uma unidade superior (que vai se traduzir na capacidade regulatória dos estados), e a função latente seria de trazer uma determinação satisfatória da controvérsia, de acordo com esta unidade superior.

A proposição se comprova pela forma com que Savigny relaciona este método sistemático e seu funcionamento orgânico em relação a um *todo*, indicando a ideia de função conforme trabalhada no primeiro capítulo:

We seek to attain these ends in the form of a System; and as this method is not understood by all in the same sense, it is necessary to premise a general explanation. I hold the essence of the systematic method to consist in the knowledge and exposition of the organic connection, or relationship, by which the particular legal conceptions and rules of law are united into one great whole.¹⁵⁶

Com base nestas premissas fundamentais, Savigny ao se debruçar sobre a questão dos conflitos de leis, parte das seguintes indagações para encontrar o objeto e função do DIPr:

It is the function of the rules of law to govern legal relations. But what is the extent or sphere of their authority? What legal relations (cases) are brought under their control? Which of the different local laws with which the legal relation in dispute in any way comes in contact, is to be applied in the decision of the question?¹⁵⁷

¹⁵⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl. **Private international law** – a treatise on the conflict of laws 5 (William Guthrie trans.) 1869. p.24.

¹⁵⁶ SAVIGNY, loc. cit.

¹⁵⁷ É a função da lei governar as relações legais. Mas qual é a extensão ou esfera da sua autoridade? Que relações legais (casos) são trazidos sob seu controle? Qual das diferentes leis locais com as quais a relação jurídica em disputa de alguma forma entra em contato, deve ser aplicada na decisão da questão? (trad. do autor). Ibid., p.17.

A passagem transcrita demonstra a preocupação de Savigny com o alcance territorial das leis, e com a sistematização da aplicação das diferentes regras. De fato, um dos princípios fundamentais da filosofia de Savigny reside justamente na ideia de que “a lei nasce com a vida da nação, e é dela inseparável”.¹⁵⁸ Note-se que na definição do “problema” que o sistema buscava resolver, não se indaga sobre decisões justas para os envolvidos, mas como visto, as decisões deveriam ser justas - independentemente da lei aplicada - aos olhos do *todo universal*. Logo, pode-se arguir que o sistema conflitual pensado por Savigny pressupunha esta harmonia entre os interesses dos estados, que seria essencial para a pretensão de regras universais para determinação da lei aplicável. A crítica a esta ideia de Savigny já foi manifestada na doutrina pela sua grande dependência de uma “estrutura de direito natural”,¹⁵⁹ que muitos já refutavam à época que as ideias foram veiculadas pelo autor.

A partir destas ideias, Savigny sugere que a função essencial do DIPr seria a alocação de autoridade regulatória entre os estados,¹⁶⁰ o que levaria a sua tese da sede natural das relações jurídicas, que acabam por embasar o método conflitual tradicional, adotado pelo Brasil até hoje. Já no início de sua análise sobre os conflitos de leis, Savigny deixa clara a premissa de submissão ao território de um estado para definição da lei aplicável,¹⁶¹ que se relaciona diretamente à função manifesta do DIPr dentro de sua teoria.

It is this diversity of positive laws which makes it necessary to mark off for each, in sharp outline, the area of its authority, to fix the limits of different positive laws in respect to one another. Only by such demarcation does it become possible to decide all the conceivable questions arising from the conflict of different systems of positive law in reference to the decision of a given case.¹⁶²

¹⁵⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl. **Private international law** – a treatise on the conflict of laws 5 (William Guthrie trans.) 1869. p.35 (traduzimos).

¹⁵⁹ MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, p.449, 2013.

¹⁶⁰ Ibid., p.448.

¹⁶¹ “It follows, from these considerations, that the rule of law applicable to every given case is determined and bounded, first and chiefly, by the subjection of the person concerned to the law of a certain territory; but that, at the same time, there may be the most numerous and most important modifications, in consequence of the relation in which certain things or certain acts or relations of life stand towards the laws of other territories.” SAVIGNY, op. cit. p.14.

¹⁶² Ibid., p.6.

Assim, evoluindo os conceitos inicialmente desenvolvidos pelos Estatutistas Italianos e aprimorados pelas escolas Francesa e Holandesa de DIPr, desenvolve o que fica conhecido como método tradicional de DIPr, no qual o conflito de leis no espaço é resolvido por meio de um conjunto de regras fixas (e neutras) que, dependendo da natureza da situação jurídica em apreço, “sediava” a relação em um determinado lugar, aplicando-se à situação a lei deste lugar. Para Savigny, as relações jurídicas deveriam ser separadas em elementos, de modo que pudessem ser alocadas por afinidade àquela sede jurídica que tivesse maior importância segundo esta natureza. Como explica,

The outward arrangement of a systematic work will naturally be determined by that organic connection which is to be mirrored in it; and not seldom this alone is thought of in speaking of systematic treatment. Here, however, many misapprehensions must be guarded against. In the rich, living reality, all legal relations form one organic whole; but in order successively to apprehend them with our mind's eye, and to communicate them to others, we are compelled to separate them into various elements. Hence the order in which we place them can be fixed only by that affinity which we regard as the most important, and every other relationship which exists in reality can only be noticed by way of separate or collateral exposition.¹⁶³

O esforço de Savigny em sediar as relações jurídicas conforme sua natureza era determinante e estava em linha com as premissas de seu pensamento, seja no que toca à universalidade dos “elementos de verdade”, seja na submissão ao território de um determinado estado dentro da sua ideia de sistema. Andreas Bucher, comentando o sistema savigniano aduz que:

pour Savigny, la nature du rapport de droit est en effet déterminante. dès lors que celui-ci a pour seule finalité de permettre la mise en œuvre de la liberté individuelle, la nature de chaque rapport juridique est fondamentalement la même dans les différents droits des États. Cette unité dans la nature de ce rapport est fondée sur l'idée de la préexistence des droits subjectifs, champ réservé à la libre volonté de l'individu. sur cette base, il est possible de dégager de la nature de chaque rapport juridique un critère permettant de déterminer de manière uniforme les règles de droit applicables, sans égard à leur contenu; chaque rapport est ainsi pourvu a priori de son «siège» au sein d'un ordre juridique. sur ce même fondement, complété par un examen des différents systèmes de droit, Savigny peut alors affirmer l'existence d'une «communauté de droit entre états indépendants» ou d'une perspective sérieuse d'y aboutir.¹⁶⁴

¹⁶³ SAVIGNY, Friedrich Carl. **Private international law** – a treatise on the conflict of laws 5 (William Guthrie trans.), 1869. p.25-26.

¹⁶⁴ Para Savigny, a natureza da relação jurídica é de fato decisiva. Já que seu único propósito é permitir a implementação da liberdade individual, a natureza de cada relação legal é fundamentalmente a mesma nos vários direitos dos estados. Esta unidade na natureza deste relatório baseia-se na ideia da pré-existência de direitos subjetivos, um campo reservado para o livre arbítrio do indivíduo. com

O sistema de Savigny se mostrou eficiente para resolver o maior problema de sua época em relação aos conflitos de leis, que se identificava como a questão da previsibilidade.¹⁶⁵ Nas relações entre pessoas de estados diferentes e submetidas a leis diferentes, era essencial que se soubesse de antemão qual das leis envolvidas seria de fato aplicada pelo juiz no caso de uma ação. Dai também decorre outra faceta da *universalidade* da teoria de Savigny, na medida em que o sistema pressupõe que casos de conflitos de leis que envolvam o mesmo tipo de relação jurídica, devem ter a expectativa de serem decididos da mesma forma, independentemente de o julgamento ocorrer no estado A ou B.¹⁶⁶

Não obstante, o sistema foi e segue sendo alvo de duras críticas, seja pela grande dependência do método de uma harmonia decorrente de uma estrutura de direito natural, seja pelo descomprometimento do método com uma decisão que seja justa no caso concreto, desde a perspectiva das partes envolvidas.

Ora, se o direito internacional privado tem o objetivo pensado por Savigny (o que deve ser levado em conta quando o DIPr em análise é o brasileiro), significa que o método conflitual decorrente desta visão não está preocupado em absoluto com a dignidade da pessoa ou mesmo a pessoa em sua concretude, já que define regras com base em seu próprio interesse em exercer poder regulatório. É dizer que o legislador, ao criar regras fixas de conexão determinando a lei aplicável a partir de seu interesse ou não em regular determinada conduta, não se preocupa em um resultado justo para a pessoa concreta que estará diante de uma situação de conflito de leis. Conforme a própria conclusão trazida pelo autor sobre seu método:

base nisso, é possível identificar, a partir da natureza de cada relação jurídica, um critério para a determinação uniforme das regras de direito aplicáveis, independentemente de seu conteúdo; cada relação é, portanto, a priori fornecido com sua "sede" dentro de uma ordem legal. Na mesma base, complementada por um exame dos diferentes sistemas jurídicos, Savigny pode então afirmar a existência de uma "comunidade de leis entre estados independentes" ou uma perspectiva séria de sucesso nelas. (trad. do autor). BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. **Recueil des Cours**, v.341, p.46-47, 2009.

¹⁶⁵ MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, p.449, 2013.

¹⁶⁶ "This has resulted from that reciprocity in dealing with cases that is so desirable, and the consequent equality in judging between natives and foreigners, which, on the whole, is dictated by the common interests of nations and individuals. For it is the necessary consequence of this equality, in its full development, not only that in each particular state the foreigner is not postponed to the native (in which equality in the treatment of persons consists), but also that, in cases of conflict of laws, the same legal relations (cases) have to expect the same decision, whether the judgment be pronounced in this state or in that." SAVIGNY, Friedrich Carl. **Private international law** – a treatise on the conflict of laws 5 (William Guthrie trans.), 1869. p.27 (traduzimos).

Our inquiry has now brought us to this result, that in deciding cases (legal relations) which come in contact with different independent states, the judge has to apply that local law to which the case (legal relation) pertains, whether it is the law of his own country or the law of a foreign state.¹⁶⁷

Tal fato se comprova também pela ideia de “neutralidade” das regras de conflito dentro do sistema savigniano, que pretendia deduzir regras de conflito a partir de conceitos relacionais abstratos e gerais, e que se pretendiam universais dentro da comunidade internacional. As regras de conflito para Savigny não teriam conteúdo ou carga valorativa, e deveriam apontar objetivamente para a lei do estado que teria maior interesse em regular a questão, interesse este definido abstrata e universalmente:

Savigny en déduit, par ailleurs, que la ratio legis ne participe pas au contenu de la loi et n'est pas un élément de l'interprétation du droit. Cette perception de la fonction du droit se manifeste également lors de la détermination du domaine d'application des lois dans l'espace. Pour Savigny, il s'agit d'établir le lien entre le rapport de droit et les règles de droit, c'est-à-dire le droit objectif de l'état. pour déterminer ce lien, on peut s'interroger sur le domaine d'application des règles de droit aux rapports juridiques, ou se demander, en partant du rapport juridique, à quelles règles de droit il y a lieu de le soumettre. Savigny admet ces deux façons de poser la question essentielle, étant donné qu'elles aboutissent au même résultat. S'il se distingue des statutistes, ce n'est pas pour avoir rejeté ou relégué au second plan l'approche partant de la loi, mais pour avoir brisé les catégories rigides des statuts personnel, territorial et mixte, au profit d'une diversification se référant à chaque institution ou rapport de droit.¹⁶⁸

Andreas Bucher, comentando a ideia de neutralidade da regra de conflito em Savigny, critica a posição adotada por este e aponta para a incompatibilidade do sistema nos dias atuais:

Or, on connaît l'hostilité de Savigny à l'égard de la codification. Sa pensée était fondée sur un seul et même système de droit que l'on pouvait reconnaître dans le droit des États. Elle se trouve ainsi à l'opposée de la

¹⁶⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl. **Private international law** – a treatise on the conflict of laws 5 (William Guthrie trans.), 1869. p.33 (traduzimos).

¹⁶⁸ Savigny deduz daí que a ratio legis não participa do conteúdo da lei e não é um elemento da interpretação da lei. Essa percepção da função do direito também é evidente na determinação da área de aplicação das leis no espaço. Para Savigny, o objetivo é estabelecer a ligação entre a relação jurídica e as regras do direito, isto é, a lei objetiva do Estado. Para determinar essa conexão, pode-se questionar o alcance da aplicação das normas legais às relações jurídicas, ou questionar-se, a partir da relação jurídica, sobre quais normas legais devem ser submetidas. Savigny admite essas duas maneiras de fazer a pergunta essencial, pois elas levam ao mesmo resultado. Se se distingue dos estatutos, não é para rejeitar ou relegar para segundo plano a abordagem a partir da lei, mas por ter quebrado as rígidas categorias dos estatutos pessoais, territoriais e mistos, em favor de uma diversificação, referindo-se a cada instituição ou relação jurídica. (trad. livre). BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. **Recueil des Cours**, v.341, p.46, 2009.

diversité téléologique et institutionnelle des ordres juridiques d'aujourd'hui. Savigny ignorait les problèmes résultant des conflits de systèmes, tels les conflits de qualification et le renvoi.¹⁶⁹

Ressalte-se, inclusive, que as únicas hipóteses vislumbradas por Savigny para limitar a aplicação de uma lei de acordo com estas regras universais de conflitos de leis, estariam em regras que, por conta de sua natureza peculiar, não admitiriam uma aplicação livre de disposições elaboradas por outros estados. Savigny divide estas regras em “leis de natureza estritamente positiva ou imperativa, que por consequência são inconsistentes com a liberdade de aplicação que não leva em conta limites dos estados particulares”, e “instituições legais de um estado estrangeiro, cuja existência não é reconhecida em nosso estado, e que, portanto, não podem pedir proteção às nossas cortes”.¹⁷⁰

As exceções colocadas por Savigny são conhecidas atualmente como Exceções de Ordem Pública, que serão tratadas em mais detalhes no capítulo seis. No entanto, cumpre neste momento algumas observações importantes em relação ao conceito para o que toca a função do DIPr para Savigny. Isto porque, novamente, Savigny delega a definição destas exceções ao legislador nacional e o seu propósito na criação da lei,¹⁷¹ reforçando assim a ideia de que a função do DIPr reside na alocação de capacidade regulatória pelos estados, dentro de seus próprios interesses como entes soberanos.

Segundo esta linha de pensamento, pode-se depreender uma perspectiva do DIPr como direito nacional,¹⁷² que decorre e se fundamenta justamente na ideia

¹⁶⁹ Ora, a hostilidade de Savigny à codificação é bem conhecida. Seu pensamento baseava-se no único sistema de leis que poderia ser reconhecido sob a lei dos Estados. É, portanto, o oposto da diversidade teleológica e institucional das ordens jurídicas de hoje. Savigny desconhecia os problemas resultantes de conflitos no sistema, como disputas de qualificação e reenvio.” (trad. livre). BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. **Recueil dès Cours**, v.341, 2009. p.57.

¹⁷⁰ “I will endeavour to reduce such exceptions to two classes: (A) Laws of a strictly positive, imperative nature, which are consequently inconsistent with that freedom of application which pays no regard to the limits of particular states; (B) Legal institutions of a foreign state, of which the existence is not at all recognised in ours, and which, therefore, have no claim to the protection of our courts.” SAVIGNY, Friedrich Carl. **Private international law** – a treatise on the conflict of laws 5 (William Guthrie trans.), 1869. p.34 (traduzimos).

¹⁷¹ “Whether any law is to be reckoned among the exceptional cases, depends principally on the purpose of the legislator. If he has expressly declared his intention on this point, this declaration must receive effect.” Ibid., p.35.

¹⁷² Ver supra: MILLS, Alex. **The confluence of public and private international law: Justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law**. Cambridge University Press, 2015. p.28; YASSEEN, Mustafa Kamil. Principes généraux de droit international privé. **Recueil des Cours**, v.116, p.393, 1965.

de que o direito internacional privado teria como objetivo a “ordenação” internacional do poder estatal. E é justamente neste ponto que discorda-se da premissa apresentada por Raphael Vasconcelos em sua tese,¹⁷³ eis que a obra de Savigny (e a teoria clássica do DIPr que se seguiu e que serve até hoje como base do DIPr brasileiro) não se preocupava em absoluto com a busca de resultados justos para os sujeitos do sistema,¹⁷⁴ de modo que a conclusão alcançada por aquele autor de que o direito internacional privado teria como função a proteção da pessoa e da dignidade humana desde antes do surgimento dos direitos humanos e do constitucionalismo não parece correta.¹⁷⁵

Tal fato se comprova não somente pela preponderância clara na teoria de Savigny do interesse estatal sobre o interesse da pessoa, como também pelos exemplos utilizados por Savigny para demonstrar o funcionamento de exceções de Ordem Pública, que se aplicariam para afastar um direito estrangeiro independentemente do interesse considerado pela pessoa concretamente envolvida na relação jurídica em apreço.¹⁷⁶

¹⁷³ VASCONCELOS, Raphael Carvalho. **Direito internacional privado, a proteção do ser humano e a falácia do ineditismo constitucionalista e tratadista**. Tese de Doutorado defendida na Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7317>. Acesso em: 30 mar. 2017.

¹⁷⁴ “Supposons maintenant que l'on soit arrivé à la conclusion que la mission du droit international privé ne consiste pas proprement à résoudre un conflit de lois au sens traditionnel du mot, c'est-à-dire à déterminer la loi applicable au cas d'espèce en raison des attachés qu'elle présente avec la situation en cause, mais plutôt à sélectionner, d'entre les règles matérielles en compétition, celle pouvant amener le résultat plus juste. Cette perspective ouvre le droit international privé à la réception de valeurs nouvelles, ou en tout cas de valeurs différentes de celles auxquelles la doctrine classique accorde la primauté ; les valeurs traditionnelles du droit international privé, qui relèvent surtout d'une justice de type formel, s'ouvriront largement désormais aux conceptions de justice matérielle dont s'inspirent les lois en conflit. Au lieu de rechercher la loi avec laquelle la relation controversée présente la connexion la plus étroite, le juge saisi d'une affaire multinationale doit comparer les solutions matérielles découlant des différents systèmes juridiques en conflit, compte tenu et de la justice qui est due aux parties et des objectifs de politique sociale poursuivis par ces systèmes.” FERRER-CORREIA, Antonio de Arruda. Les problèmes de codification en droit international privé. **Recueil des Cours**, v.145, p.68, 1975.

¹⁷⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl. **Private international law** – a treatise on the conflict of laws 5 (William Guthrie trans.), 1869. p.17 (traduzimos).

¹⁷⁶ “All such statutes are among exceptional cases, so that, in regard to their application, every state appears completely separate and distinct. If, therefore, the law of our state forbids polygamy, our judges must refuse the protection of the law to the polygamous marriages of foreigners, to whom they are permitted by the law of their own country. If our law forbids to Jews the acquisition of landed property, our judges must forbid such acquisitions not only to native Jews, but also to those foreign Jews in whose state there is no such prohibition.” SAVIGNY, Friedrich Carl. **Private international law** – a treatise on the conflict of laws 5 (William Guthrie trans.), 1869. p.36 (traduzimos).

Inobstante, o sucesso do sistema de Savigny foi tamanho (sobretudo nos países latino-americanos que adotaram o Direito Romano como base de seus sistemas jurídicos), que hoje, mais de 150 anos após a sua publicação, ele ainda persiste na legislação brasileira, mais especificamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, e segue até hoje sendo aplicado pelos tribunais brasileiros, a despeito das críticas cabíveis ao modelo conflitual. Segundo Andreas Bucher,

or, il est pour le moins étonnant que la doctrine contemporaine montre encore une fidélité au concept savignien du rapport de droit, alors que ce rapport est dépourvu de toute détermination téléologique, respectivement de politique législative.¹⁷⁷

A sequência da teoria do DIPr na Europa continental, depois do falecimento de Savigny em 1861, recebe importantes *inputs* de outro autor que, apesar de se filiar a mesma escola de pensamento de Savigny, direciona seus estudos para a relação entre a vontade individual e a nação: Pasquale Mancini.

A Pasquale Stanislao Mancini, eminente jurista, professor e estadista italiano do século XIX, se atribui o pensamento refletido na regra do artigo 6 do Código Civil Italiano de 1865: “*Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono.*”¹⁷⁸

A importância do pensamento de Mancini, que se reflete no artigo transcrito, residiu na defesa do princípio da nacionalidade como sendo a base do direito internacional.¹⁷⁹ Mancini era contrário à onda positivista que priorizava a soberania, e que entendia a aplicação das regras de DIPr como algo discricionário

¹⁷⁷ “É surpreendente, no mínimo, que a doutrina contemporânea ainda mostre fidelidade ao conceito savigniano da relação de direito, enquanto esta relação é destituída de qualquer determinação teleológica, ou política legislativa, respectivamente.” (trad. livre). BUCHER, Andreas. *La dimension sociale du droit international privé. Recueil des Cours*, v.341, p.47, 2009.

¹⁷⁸ O estado e a capacidade das pessoas e das relações familiares são governados pela lei da nação a que pertencem. (trad. livre). MANCINI, Pasquale Stanislao. ***Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti***. Torino: Giappichelli, 1994.

¹⁷⁹ Tenório, explicando a contribuição de Mancini, aduz que “O princípio da nacionalidade é a base do direito internacional. Partindo da ideia de que o Estado deve ser formado pela comunidade de indivíduos unidos pela raça, língua, religião, costumes e tradições, a escolha da lei nacional para reger o estatuto da pessoa está em concordância com os caracteres físicos e psíquicos que ligam o homem à terra natal.” TENÓRIO, Oscar. ***Direito internacional privado***. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970. v.1, p.138.

conforme a vontade de cortesia e reciprocidade dos Estados.¹⁸⁰ Para Mancini, o reconhecimento recíproco das leis dos estados era parte fundamental do Direito das nações.¹⁸¹

Mancini também foi um dos primeiros defensores da ideia da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos seus próprios arranjos contratuais, que poderia ser limitada unicamente por questões de ordem pública.¹⁸² A proposta de Mancini não era interferir na esfera da liberdade individual. Mas, partindo da observação do uso que os cidadãos faziam de sua liberdade, Mancini propôs a distinção de um povo de outro a partir de um *locus* que seria a nação. Seria então na nação que ter-se-ia que reconhecer como a liberdade individual e as instituições legais são concebidas.

Haroldo Valladão, comentando as doutrinas clássicas, sintetizou a doutrina de Mancini nos seguintes termos:

lei de direito publico, territoriais, aplicando-se a todos no respeito à soberania; de direito privado necessário, pessoais, de efeito extraterritorial, acatando a nacionalidade de cada indivíduo; e de direito privado voluntário, dependendo da autonomia da vontade, sob a influencia direta da liberdade, 'com a ação dos três princípios: a liberdade, a nacionalidade e a soberania e a independência politicas'.¹⁸³

O pensamento de Mancini foi aclamado em relação à teoria de Savigny, pois “avantajava-se por repousar em realidades.”¹⁸⁴ Isto porque uma grande crítica que era dirigida a Savigny e seu sistema, residia na incerteza e na dificuldade de se determinar a “sede natural” de uma relação pois não teria Savigny delimitado ou conceituado quais os dados que deveriam ser utilizados para tanto.¹⁸⁵ Não obstante, a ideia de Mancini sobre a nacionalidade também foi alvo de críticas, e apresentou dificuldades na sua aplicação, tendo sido inclusive objeto de mudança legislativa no Brasil em 1942, quando o país alterou a regra do estatuto pessoal

¹⁸⁰ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.155.

¹⁸¹ VAN LOON, Hans. The global horizon of private international law. **Recueil des Cours**, p.27, 2016.

¹⁸² Ibid., p.27.

¹⁸³ VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1980. v.1, p.129.

¹⁸⁴ TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970. v.1, p.138.

¹⁸⁵ Ibid., p.137.

para o domicílio diante da possibilidade de aplicação de leis dos países do Eixo, durante a Segunda Guerra Mundial.

Outro autor importante para a tradição europeia continental de DIPr foi Antoine Pillet. Pillet foi o principal responsável pela adição da teoria dos direitos adquiridos dentro do sistema pensado por Savigny. Segundo Pillet, os estatutistas não teriam atentado a este princípio, e para proporem o reconhecimento de um direito nascido em outro país, invocavam a ideia de personalidade ou estatuto pessoal.¹⁸⁶

Em seu curso da Haia de 1925, Pillet esclarece que sua teoria seria complementar a de Savigny, que não teria tido a ideia de combinar as teorias de direitos adquiridos à sua proposição:

Ces deux matières font l'objet de son huitième volume de droit romain, mais il n'eut pas l'idée de les combiner et il ne vit pas que leur combinaison permettait de donner une solution aux questions les plus pratiques et les plus malaisées du droit international.¹⁸⁷

A teoria proposta por Pillet é bastante simples, e como se verá adiante, de certa forma em linha com as proposições de Albert Venn Dicey na Inglaterra. Nas palavras de Pillet,

La formule à donner à ce principe peut être celle-ci. Toutes les fois qu'un droit a été régulièrement acquis dans un pays quelconque, ce droit doit être respecté et les effets qu'il produit doivent lui être garantis dans un autre pays, faisant partie comme le premier de la communauté internationale. C'est une nécessité absolument inéluctable, un principe sans lequel aucun commerce international ne serait possible et, par la même, aucune relation des nationaux de chaque pays avec les étrangers.¹⁸⁸

A teoria de Pillet também encontra as mesmas limitações ao reconhecimento do direito estrangeiro, ainda que regularmente adquirido, pelas exceções de ordem publica e por normas imperativas, que tem o poder de afastar a incidência deste direito dentro do território em que é invocado. Esta constatação é importante para

¹⁸⁶ PILLET, Antoine. La théorie générale des droit acquis. **Recueil des Cours**, v.8, p.490, 1925.

¹⁸⁷ "Estes dois assuntos são o assunto de seu oitavo volume da lei romana, mas ele não tinha ideia de combiná-los e ele não viu que sua combinação poderia dar uma solução para as questões mais práticas e difíceis. direito internacional". (trad. livre). Ibid., p.490.

¹⁸⁸ "A fórmula para dar a este princípio pode ser esta. Sempre que o direito tenha sido legalmente adquirido em qualquer país, este direito deve ser respeitado e os efeitos que produz devem ser garantidos em outro país, sendo parte do primeiro na comunidade internacional. É uma necessidade absolutamente inevitável, um princípio sem o qual nenhum comércio internacional seria possível e, ao mesmo tempo, nenhuma relação dos nacionais de cada país com os estrangeiros." (trad. livre). Ibid., p.492.

demonstrar que por detrás da teoria, a função manifesta do DIPr proposta por Savigny segue preponderante. Ainda que se possa admitir na teoria de Pillet o reconhecimento de direitos adquiridos em conformidade com outras leis, a questão principal do DIPr segue sendo a alocação de capacidade regulatória, que terá papel essencial na determinação do direito adquirido dentro da teoria de Pillet.

De acordo com Bernard Audit, “a tendência doutrinária dos países preocupados com uma exposição geral e sistemática do direito, considerado como ciência”¹⁸⁹ teria contribuído para a adoção de uma orientação particular dos conflitos de leis, que se preocupa mais com aspectos abstratos do que com o mérito da causa a ser resolvida.¹⁹⁰ Para este autor, a dúvida quanto à função da regra de conflito dentro da linha de pensamento europeia continental clássica está em se saber se “a função da regra de conflito é de limitar as soberanias ou reger as questões de interesse privado”.¹⁹¹

O DIPr europeu continental chega, portanto, ao século XX, embasado fortemente nas ideias expostas por Savigny, e ganha força com o movimento das codificações, em especial nas legislações dos países latino-americanos. Estas legislações (como é o caso da brasileira), reproduzem a ideia central da teoria de função manifesta como alocação da capacidade regulatória dos estados, através de regras neutras e universais que se ocupam com formalismos e que não se preocupam com os resultados práticos para as pessoas envolvidas em relações jurídicas multiconectadas.¹⁹²

¹⁸⁹ AUDIT, Bernard. Le caractere fonctionnel de la règle de conflit (sur la ‘crise’ des conflits de lois). **Recueil des Cours**, v.186, p.235, 1984.

¹⁹⁰ “Suivant la voie de Mancini, de nombreux auteurs édifient des systèmes plaçant la discipline dans la dépendance du droit des gens. [...] Ceci conduit a privilegier ses aspects les plus abstraits au detriment des questions de fond qu’il s’agit de résoudre. Ibid., p.235.

¹⁹¹ AUDIT, loc. cit.

¹⁹² “Une telle construction illustre l’approche des conflits de lois qui prévaut en Europe continentale à la fin de la période considérée. On ne peut pas ne pas noter aujourd’hui qu’elle comporte une grande part de formalisme et d’artifice. En particulier, une question aussi théorique que la nature de la loi étrangère dans l’ordre juridique du for y joue un rôle démesuré. D’autres, plus immédiatement pertinentes, telles que les considerations substantielles prévalant dans la matière qui fait l’objet d’un conflit donné, ne sont pratiquement pas envisagées.” Ibid., p.236.

2 NA TRADIÇÃO DA COMMON LAW

Se para Savigny o DIPr diz respeito à ordenação internacional do poder regulatório dos estados, para a escola anglo-americana de Joseph Story, Albert Venn Dicey e Joseph Beale, o DIPr se preocupa com a confirmação de direitos privados.

Joseph Story foi um dos mais reconhecidos juizes da Suprema Corte dos EUA, e seu trabalho sobre conflitos de leis de 1834 (antecedente inclusive ao de Savigny) foi a primeira obra dedicada exclusivamente aos Conflitos de Leis escrita em língua inglesa.¹⁹³ Por este motivo, teve enorme influência no desenvolvimento da matéria nos países de *common law*, ainda que as cortes já tivessem desenvolvido regras de conflito antes de sua obra.¹⁹⁴

É interessante notar aqui, que inobstante o fato da *common law* estar diretamente ligada à lei inglesa e ao seu sistema jurídico, e ter sido herdada pelos países que eram parte do império, no caso dos conflitos de leis as influencias são muito maiores por parte da Europa continental do que do direito inglês.¹⁹⁵ Peter Hay, Patrick Borchers and Richard Freer explicam a razão pela qual o desenvolvimento da matéria no direito inglês não teve o mesmo crescimento experimentado no continente:

Our debt to England is here not as large as in other fields, for conflict of laws had an arrested development in English jurisprudence. The early centralization of power in the king and the establishment of a common law for the whole realm put an end to the conflicting laws inside the kingdom and eliminated intra-national conflict of laws, which elsewhere stimulated the development of the subject.¹⁹⁶

¹⁹³ NADELMAN, Kurt H. Joseph Story's Contribution to American Conflicts Law: a comment. **American Journal of Legal History Am. J. Legal Hist.**, v.5, p.243, 1961.

¹⁹⁴ "To start with Story's supposed responsibility for the introduction of the comity doctrine into American law, Huberus, the Dutch jurist of the 17th century, was quoted in American courts since 1788 at least." Ibid., p.230.

¹⁹⁵ "American conflicts law is one of the few branches of American law that owes its origin to continental European (rather than English) law. SYMEONIDES, Symeon C. The american revolution and the european evolution in choice of law: reciprocal lessons proceedings of the duke law center for international and comparative law and Tulane Law Review Symposium: the New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United States: Contract and Tort Law. **Tulane Law Review**, v.82, p.1744, 2007-2008.

¹⁹⁶ HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J.; FREER, Richard D. **Conflict of laws: Private international law cases and materials**. 15.ed. Foundation Press, 2017. p.3.

A teoria de Story se desenvolve assim principalmente a partir dos trabalhos da Escola Estatutária Holandesa, em especial os realizados por Ulric Huber no século XVII, e que pregava basicamente três princípios que regeriam o direito internacional privado:

The first is, that the laws of every empire have force only within the limits of its own government, and bind all, who are subjected to it, but not beyond those limits. The second is, that all persons, who are found within the limits of a government, whether their residence is permanent or temporary, are to be deemed subjects thereof. The third is, that the rulers of every empire from comity admit, that the laws of every people in force within its own limits, ought to have the same force every where, so far as they do not prejudice the power or rights of other governments or of their citizens.¹⁹⁷

Story, partindo das premissas estabelecidas por Huber¹⁹⁸ e também fortemente influenciado por Boullenois¹⁹⁹, afirmou que as regras de conflitos de leis deveriam ser regras nacionais, e que a aplicação do direito estrangeiro se daria pela ideia de “*comity*”. Em suas palavras,

It is plain, that the laws of one country can have no intrinsic force, proprio vigore, except within the territorial limits and jurisdiction of that country. They can bind only its own subjects, and others, who are within its jurisdictional limits; and the latter only while they remain there. No other nation, or its subjects, are bound to yield the slightest obedience to those laws. Whatever extra-territorial force they are to have, is the result, not of any original power to extend them abroad, but of that respect, which from motives of public policy other nations are disposed to yield to them, giving them effect, as the phrase is, *sub mutuæ vicissitudinis obtentu*, with a wise and liberal regard to common convenience and mutual necessities.²⁰⁰

¹⁹⁷ “STORY, Joseph. **Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic**: in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments. Boston: Billiard, Gray, and Company, 1834. p.30. Aproveitamos a tradução de Maristela Basso: “(i) o sistema de direito de um Estado opera nos limites territoriais deste Estado e está vinculado a todas as matérias, mas não além destes limites; (ii) os assuntos de Estado são todos aqueles encontrados dentro dos limites territoriais do Estado, sejam permanentes ou temporários; (iii) a soberania dos Estados atua a partir da ‘cortesia’ e da ‘reciprocidade’”. BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.138.

¹⁹⁸ “The doctrine of Huberus would seem, therefore, to stand upon just principles; and though, from its generality, it leaves behind many grave questions as to its application, it has much to commend it, in point of truth, as well as of simplicity.” STORY, op. cit., p.37.

¹⁹⁹ “Some attempts have been made, but without success, to undervalue the authority of Huberus. [...] Boullenois, however, has quoted his third and last axiom with manifest approbation.” Ibid., p.32.

²⁰⁰ “É claro que as leis de um país não podem ter força intrínseca, exceto nos limites territoriais e jurisdição daquele país. Eles podem ligar apenas seus próprios sujeitos e outros, que estão dentro de seus limites jurisdicionais; e o último enquanto eles permanecem lá. Nenhuma outra nação, ou seus súditos, estão obrigados a obedecer a essas leis. Seja qual for a força extraterritorial que têm, é o resultado, não de qualquer poder original de estendê-las ao exterior, mas a esse respeito, que por motivos de política pública outras nações estão dispostas a ceder a elas, dando-lhes efeito, frase é, *sub mutuæ vicissitudinis obtentu*, com uma consideração sábia e liberal para conveniência comum e necessidades mútuas.” Ibid., p.7.

A visão de Story, assim como a exposta por Savigny, apresenta forte apego à ideia de um Direito das Nações ou Direito das Gentes, que seria responsável por determinar princípios comuns à todas as Nações civilizadas, necessários para dar resposta à universalidade do comércio e das relações civis privadas internacionais.²⁰¹

No entanto, nota-se pela passagem transcrita acima, que Story não entendia como função das regras de conflitos de leis a alocação de autoridade regulatória entre os estados. Em contrário, Story deixa claro que o reconhecimento de extraterritorialidade se daria conforme a “conveniência comum e necessidades mútuas”²⁰², que se traduz na ideia de *comity*. Story demonstra sua preocupação com o paradoxo da soberania em relação aos conflitos de leis, o que parece afastar a ideia de princípios universais que regulassem ou antecipassem de algum modo o interesse de cada estado em regular determinada relação jurídica por conta de sua natureza.²⁰³ Ainda que Story se remeta a uma ideia de Direito das Nações como pressuposto dos conflitos de leis, para ele este Direito não teria o poder de violar a soberania dos estados, mas tão somente reconhecer princípios gerais de direito entre as nações civilizadas. Story é categórico ao afirmar que um estado tem o poder de proibir a operação de todas as leis estrangeiras, e de direitos surgidos destas leis, dentro de seu território.²⁰⁴

Vista sob o prisma da função manifesta do DIPr, a teoria de Story (que vai refletir toda a teoria dos conflitos de leis na common law até meados do século XX) parece apontar para uma função de administração de justiça, com base na ideia de que a aplicação de leis estrangeiras poderia ou deveria ocorrer, em situações nas

²⁰¹ “Commerce is now so absolutely universal among all countries; the inhabitants of all have such a free intercourse with each other; contracts, marriages, nuptial settlements, wills, and successions, are so common among persons, whose domicils are in different countries, having different and even opposite laws on the same subjects; that without some common principles adopted by all nations in this regard there would be an utter confusion of all rights and remedies.” STORY, Joseph. **Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic**: in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments. Boston: Billiard, Gray, and Company, 1834. p.5.

²⁰² STORY, loc. cit.

²⁰³ “This is the natural principle flowing from equality and independence of nations. It is an essential attribute of every sovereignty, that it has no admitted superior, and that it gives the supreme law within its own domains on all subjects appertained to its sovereignty.” Ibid., p.8.

²⁰⁴ “A state may prohibit the operation of all foreign laws, and the rights growing out or them within its own territories. It may prohibit some foreign laws, and admit the operation of others. It may recognize, and modify, and qualify for some foreign laws; it may enlarge, or give universal effect to others.” Ibid., p.24.

quais houvesse interesse mútuo do estado e do jurisdicionado em ter a lei estrangeira aplicada, considerando-se os inconvenientes que se seguiriam pela não aplicação da lei estrangeira e uma “necessidade moral de promover justiça”. Enquanto a lei estrangeira não representasse uma ofensa aos valores essenciais daquele estado, ou injustiça aos seus súditos, ela poderia ser aplicada.²⁰⁵

Os trabalhos de Story influenciaram o jurista inglês Albert Venn Dicey, que em 1896 publicou seu trabalho sobre os conflitos de leis.²⁰⁶ O propósito de Dicey ao escrever o seu *Digest* era definir os princípios de DIPr que vinham sendo aplicados pelos juízes ingleses, como um ramo da lei inglesa.

Os primeiros princípios gerais de DIPr expostos por Dicey confirmam a hipótese já tratada por Story, de que as regras de conflitos de leis se baseariam no reconhecimento de direitos adquiridos segundo a lei de outra nação, e demonstram a influencia do pensamento de Story inclusive em relação aos juízes ingleses:

General Principle n.º I – Any right which has been duly acquired under the law of any civilized country is recognized and, in general, enforced by English Courts, and no right which has not been duly acquired is enforced or, in general, recognized by English Courts.

General Principle n.º II – English Courts will not enforce a right otherwise duly acquired under the law of a foreign country:

- a) where the enforcement of such right is inconsistent with any statute of the Imperial Parliament intended to have extra-territorial operation;
- b) where the enforcement of such rights is inconsistent with the policy of English law, or with the moral rules upheld by English law, or with the maintenance of English political institutions;
- c) where the enforcement of such right involves interference with the authority of a foreign sovereign within the country whereof he is sovereign.²⁰⁷

²⁰⁵ “The true foundation, on which the administration of international law must rest, is, that the rules, which are to govern, are those, which arise from mutual interest and utility, from a sense of the inconveniences, which would result from a contrary doctrine, and from a sort of moral necessity to do justice, in order that justice may be done to us in return.” STORY, Joseph. **Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic**: in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments. Boston: Billiard, Gray, and Company, 1834. p.34.

²⁰⁶ DICEY, Albert Venn. A digest of the law of England with reference to the Conflict of Laws. [s.l.]: [s.n.], 1896.

²⁰⁷ “Princípio Geral No. I - Qualquer direito que tenha sido devidamente adquirido segundo a lei de qualquer país civilizado é reconhecido e, em geral, executado pelos tribunais ingleses, e nenhum direito que não tenha sido devidamente adquirido é aplicado ou, em geral, reconhecido, pelos tribunais ingleses. Princípio Geral No. II - Os tribunais ingleses não aplicarão um direito de outra forma devidamente adquirido sob a lei de um país estrangeiro - (A) Quando a execução de tal direito é inconsistente com qualquer estatuto do Parlamento Imperial destinado a ter operação extraterritorial; (B) Quando a execução de tais direitos é inconsistente com a política da lei inglesa, ou com as regras morais sustentadas pela lei inglesa, ou com a manutenção de instituições políticas inglesas; (C) Quando a execução de tal direito envolve interferência com a autoridade de um soberano estrangeiro dentro do país do qual ele é soberano”. (trad. livre). Ibid., p.31.

Da transcrição dos princípios apontados por Dicey, nota-se a filiação do autor à proposição de que a função manifesta do DIPr reside no respeito aos direitos devidamente adquiridos sob os auspícios de uma lei diferente da do foro, desde que não conflite com o poder soberano do foro, proposição esta que foi confirmada e aprovada por Joseph Beale, em um artigo publicado na *Harvard Law Review* de 1896.

Joseph H. Beale foi o responsável pela consolidação da teoria dos *vested rights* (direitos adquiridos) como fundamento principal do DIPr na tradição da *common law*. As influências de Dicey e Story no pensamento de Beale deram sustentação à teoria dos *vested rights*, que acabou por permear o *First Restatement on the Conflict of Laws*, em 1934, que ficou a cargo de Beale.

Nos EUA, os *Restatements* são fontes secundárias de direito, que buscam reunir e sistematizar as decisões das cortes, afirmando o estado da *common law*, e são produzidos sob os auspícios da American Law Institute. Joseph Beale foi nomeado para realizar o trabalho, na época em que lecionava a disciplina de *Conflicts of Laws* na Universidade de Harvard.

O *First Restatement* se inicia tratando do objeto e conceito dos conflitos de leis, com as seguintes definições:

- (1) No state can make a law which by its own force is operative in another state; the only law in force in the sovereign state is its own law, but by the law of each state rights or other interests in that state may, in certain cases, depend upon the law in force in some other state or states.
- (2) That part of the law of each state which determines whether in dealing with a legal situation the law of some other state will be recognized, be given effect or be applied is called the Conflict of Laws.²⁰⁸

Os dois parágrafos que abrem o *Restatement First* deixam bastante clara a influência dos pensamentos de Story, Dicey e Beale nas decisões das cortes americanas. Os princípios desenhados pela Escola Estatutária Holandesa, bem

²⁰⁸ (1) Nenhum estado pode produzir uma lei que pela sua própria força seja operativa em outro estado; a única lei vigente em um estado soberano é a sua própria lei, mas pela lei de cada estado direitos ou outros interesses naquele estado podem, em certos casos, depender de lei vigente em algum outro estado ou estados.
 (2) A parte da lei de cada estado que determina se na condução de uma situação jurídica a lei de algum outro estado será reconhecida, terá efeito ou será aplicada se denomina Conflitos de Leis. **Restatement (First) of Conflict of Laws §1 (1934)**. (trad. livre). Disponível em: <<https://1.next.westlaw.com/Document/I67a6a5aad5d11e28ffbce485a8faf03/View/FullText.html?originationContext=documenttoc&transitionType=CategoryPageItem&contextData=%28sc.Category%29>>. Acesso em: 31 out. 2017.

como a ideia de *comity* e dos *vested rights* permeiam a *common law* como aplicada pelas cortes.

O paragrafo 1) e 2) do Restatement também reforçam a ideia de territorialidade das leis e da soberania dos estados na sua territorialidade, enquanto preveem a possibilidade do próprio estado soberano ter em suas próprias leis, regras que permitam que direitos e interesses que dependam da lei de outros estados possam ser reconhecidos e efetivados.

Essa linha de pensamento destoa em grande parte daquilo que era defendido na Europa continental, como demonstrado pelos pensamentos de Savigny e Mancini.²⁰⁹ É importante ressaltar, porém, que nenhuma dessas teorias tinha algum tipo de aceitação universal ou que se seguiram cronologicamente de forma ordenada e sistematizada. Como nota Alex Mills,

In its history of private international law theories and theorists this should not be read as a claim that these ideas were universally accepted or uniformly conceived, but only that they were (to different degrees) influential in the development of the discipline. [...] this should not be read as a claim that these positions are coherent or conceptually independent, but only that they were adopted and advocated, and that they were and remain influential.²¹⁰

As ideias expostas por Story, Dicey e Beale, dominaram a teoria e prática dos conflitos de leis no sistema da *common law* por mais de cem anos, até o surgimento da revolução americana dos conflitos de leis, que culmina no *2nd Restatement on the Conflicts of Laws*, que será tratado adiante oportunamente no capítulo 3.

²⁰⁹ “nor have I neglected to consult foreign jurists, such as Savigny, Bar and Fælix, who, even when they disagree with the conclusions arrived at by English judges, often throw considerable light, if it be only by way of contrast, on the doctrines maintained in England with regard to the conflict of laws.” DICEY, Albert Venn. *A digest of the law of England with reference to the Conflict of Laws*. [s.l.]: [s.n.], 1896. p.8.

²¹⁰ MILLS, Alex. **The confluence of public and private international law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law**. Cambridge University Press, 2015. p.27.

3 A FUNÇÃO DO DIPR NO DIREITO BRASILEIRO

Na última parte do capítulo, pretende-se analisar a função manifesta do DIPr dentro do direito brasileiro, que será tomada como premissa da hipótese desenvolvida pela tese.

Conforme aventado anteriormente, o DIPr no Brasil sofre grande influência da tradição europeia continental, e, por consequência, da teoria de Savigny. O Brasil, sendo um país de tradição jurídica civilista e herdeiro do direito romano, se identifica com as premissas do pensamento de Savigny no estudo dos conflitos de leis. A estrutura das regras de conexão presentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, demonstram claramente a adoção da teoria savigniana para a resolução destes conflitos, ao definirem uma sede apriorística para cada relação com base em sua natureza.²¹¹

Em relação à doutrina brasileira sobre o DIPr, propriamente dita, nota-se que esta também se alinha em maior parte com a concepção de Savigny, seja nos autores mais clássicos como Haroldo Valladão e Oscar Tenório, seja nos autores mais recentes e atuais como Nádia de Araújo e Maristela Basso. Ainda que estes autores apresentem eventualmente alguma visão que desvie da teoria geral proposta por Savigny, é interessante notar que a manualística do DIPr brasileiro, com raras exceções, costuma reproduzir as regras de DIPr de forma quase que mecânica, com muita pouca atenção à função que o DIPr desempenha dentro do sistema de jurídico brasileiro, fato que também se observa das fundamentações dos tribunais em decisões sobre os conflitos de leis.

Pesquisando entre os principais autores que se debruçaram sobre a temática dos conflitos de leis no Brasil, nota-se uma carência de uma dimensão funcional para o DIPr, ou ao menos de uma discussão aprofundada sobre o tema. Diferentemente dos autores clássicos estrangeiros trabalhados nos subcapítulos anteriores, não se identifica dentro da doutrina brasileira de DIPr uma preocupação com a definição do papel da solução dos conflitos de leis dentro do sistema jurídico do qual faz parte.

²¹¹ Neste sentido, por exemplo, o artigo 7.º define o domicílio para o estatuto pessoal, o artigo 8.º o local da situação dos bens, o artigo 9.º o local de constituição para as obrigações, etc.

Também se nota a multiplicidade de usos da palavra “função” (como trabalhado no primeiro capítulo) que acaba por referir-se a questões diversas àquela definida para fins deste trabalho, de função manifesta como consequências objetivas para uma unidade específica. Neste sentido, Maristela Basso por exemplo atribui ao DIPr “a função de encontrar soluções para os casos jusprivatistas de ‘natureza civil’” em âmbito internacional,²¹² concepção esta que não reflete o que se pretende por função do DIPr no âmbito da tese.

Oscar Tenório, ao abordar o que seria a função do DIPr, aduz que “o direito internacional privado tem em vista estabelecer a indicação da lei aplicável a uma relação que contém ao menos um elemento estrangeiro.” E segue para ilustrar o papel do DIPr com as palavras de Arminjon, que alega que “O direito internacional privado tradicional não resolve diretamente as questões; indica a legislação que dará a solução e estabelece a jurisdição competente para aplicá-la. Fornece apenas referência. No balcão de informações duma estrada de ferro tem-se a indicação do trem que se deve tomar, o preço da passagem, etc. É o que realiza, em suma, o direito internacional privado.”²¹³

Ao se apropriar das palavras de Arminjon para definir o papel do DIPr, Oscar Tenório demonstra a visão mecanicista da aplicação da regra de conexão, que não aparenta ter uma função manifesta de contribuição, seja para o desenvolvimento pessoal, seja para o todo do sistema jurídico ou mesmo da própria sociedade. Esta visão também se corrobora pelo fato de o autor notar a existência de um movimento (aqui, na década de 70 do século XX) de “teorias que, a mais de meio século, se esforçam para romper a orientação tradicional. Sustenta-se que o direito internacional privado deve perder seu caráter de mero indicador da lei a aplicar, a fim de interessar-se pelos resultados de sua aplicação, pelo método a empregar no estudo dele.”²¹⁴ Note-se que, não obstante o autor apontar para a existência destas teorias, o mesmo deixa claro que estão em desacordo com a orientação tradicional do DIPr, e parece se alinhar com a primeira hipótese.

²¹² BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p.6.

²¹³ TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970. v.1, p.19.

²¹⁴ TENÓRIO, loc. cit.

É interessante o fato de que Tenório não enfrenta especificamente a questão da função do DIPr dentro do sistema jurídico, como se verifica na teoria de Savigny ou dos clássicos da *common law*. O autor em verdade se utiliza de diversos conceitos diferentes para apontar *papéis e fins* do DIPr, porém sempre de forma bastante mecânica e sem considerar filosoficamente a questão.²¹⁵ Pode-se extrair, porém, das passagens e posicionamentos do autor, que este se alinha à visão europeia continental clássica de divisão da autoridade regulatória entre os estados.

O mesmo pode ser dito em relação à obra de Maristela Basso. Em seu curso, a autora apresenta passagens, como já referenciado, que pretendem ilustrar a função do DIPr, mas o fazem dentro de uma concepção diferente do vocábulo função. Não obstante, pode-se extrair do conjunto da obra, o alinhamento do pensamento da autora com a escola clássica europeia continental, no sentido de uma função manifesta de coordenação da capacidade regulatória dos Estados, ainda que não se utilize da ideia de função para tanto:

O direito internacional privado tem como **finalidade, portanto**, estabelecer um corpo de normas e princípios destinados a auxiliar o juiz na escolha da lei aplicável aos casos com elementos de estraneidade ou estrangeiros, vinculados a uma pluralidade de ordenamentos jurídicos autônomos e soberanos. E o faz reconhecendo a soberania do Estado em decidir sobre a aplicação do direito estrangeiro ao conservar um sistema racional que combine os necessários particularismos. Assim, o direito internacional privado cumpre a sua missão quando apresenta soluções às relações jurídicas que geram efeitos em dois ou mais ordenamentos jurídicos, ocupando-se em estabelecer os limites materiais e espaciais das competências dos Estados.²¹⁶

A visão da autora transcrita acima demonstra o apego do DIPr brasileiro à teoria clássica de Savigny, e à função manifesta da disciplina em reger a alocação de capacidade regulatória entre os Estados. Note-se aqui, que da mesma forma exposta por Oscar Tenório, o DIPr não teria a função de proteção da pessoa humana concretamente considerada, ou de buscar atender aos interesses das partes envolvidas, ou ainda de considerar os resultados de sua aplicação.

²¹⁵ “O fim principal do direito internacional privado é a aplicação da lei estrangeira em determinado país. Como as legislações não apresentam as mesmas características, sendo ao contrário dessemelhantes e até antagônicas, os conflitos de leis formam elemento peculiar às organizações políticas constituídas em Estados. Somente a existência e a permanência desses conflitos justificam e explicam o direito internacional privado.” TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970. v.1, p.37.

²¹⁶ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.13-14 (grifos no original).

O professor Haroldo Valladão apresenta visão diversa, apesar de ainda demonstrar algum apego às teorias clássicas. Para ele, a finalidade do DIPr compreendia a obtenção de resultados justos e equitativos para os indivíduos e povos. Valladão criticava as teorias apriorísticas e universais (e aí reside sua divergência com Savigny e Mancini), mas ao mesmo tempo refutava a hipótese de formulação de regras de conflito *post factum*.²¹⁷ Defendia assim um método que evitasse o que chamava de “excessos”, fossem eles apriorísticos como defendia a tradição europeia continental ou consequencialistas como se sucedeu após a Revolução Americana dos conflitos de leis (que será tratada adiante).

É importante para os fins da tese ressaltar a função do DIPr no pensamento de Valladão, que diverge daquela função clássica europeia continental. Em suas palavras,

Segundo já acentuamos, porém, o DIP, qual outros ramos da ciência jurídica, há de trabalhar com variados princípios, ideias, normas e exceções, próprios às suas diversas e complexas questões, e aos múltiplos grupos em que se dividem, subdividem, esgalham-se e ramificam as relações que disciplina, na finalidade precípua de realizar a justiça e a equidade na expansão espacial dos seres humanos, nos fatos sociais conectados com sistemas jurídicos positivos divergentes.²¹⁸

A visão de Valladão não parece ter sido adotada pela teoria e práticas do DIPr brasileiro, fato que se nota de um lado pelo insucesso do Anteprojeto de Lei proposto por Valladão,²¹⁹ e de outro pelas produções doutrinárias e decisões dos tribunais das últimas duas décadas, que em sua maioria se voltam para as raízes europeias continentais tradicionais.²²⁰

Para Beat Walter Rechsteiner, por exemplo, “o direito internacional privado visa à realização da justiça material (ressalvado no caso da ordem pública)

²¹⁷ “Realmente: deixar ao arbítrio do juiz a escolha da lei competente para a espécie, criando uma norma de conflito *ad hoc*, é estabelecer o absurdo de um DIP *post factum*, desconhecido dos interessados... VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1980. v.1, p.86. (grifos no original).

²¹⁸ *Ibid.*, p.87.

²¹⁹ Projeto de Lei n.º 4.905/1994.

²²⁰ Como se nota do voto do Min. Cesar Asfor Rocha: “O ordenamento pátrio, seguindo o entendimento de Teixeira de Freitas e de Savigny, acolheu o domicílio como elemento de conexão principal. Isto é, nos conflitos entre o Direito nacional e o estrangeiro, prevalecerá a lei de domicílio da pessoa, a teor do art. 7.º da Lei de Introdução ao Código Civil”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 512.401-SP**. Recorrente: Julio Simões. Recorrido: Maria Cesaltina Conceição Duarte. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. DJE 15/12/2003.

meramente de forma indireta”. Para este autor, a justiça será feita pelo DIPr ao indicar o direito aplicável de forma previsível, independentemente do resultado alcançado com a aplicação da lei indicada, desde que em conformidade com o filtro da ordem pública internacional e/ou transnacional. Como explica,

Ademais, mediante claros critérios indicadores do direito aplicável, favorece-se a segurança jurídica (*securité de droit*), o que faz com que a sua aplicação seja previsível para as partes em uma relação jurídica com conexão internacional. A realização desse tipo de justiça formal perante a nossa disciplina predomina em face daquela vinculada a aspectos do direito material, embora esta não pudesse ser negligenciada pelo legislador, como frisa a doutrina mais moderna.²²¹

Cumpre notar o fato de que Rechsteiner refuta expressamente a teoria de Nádía de Araújo, de que a finalidade do DIPr seria a proteção da pessoa humana, e de que os “limites em relação à solução dos conflitos de lei (devam) ser traçados pelos direitos humanos”, o que também corrobora o alinhamento do autor com a visão tradicional europeia continental, de regras neutras, indiretas e despreocupadas com o resultado, e que visam harmonizar a distribuição de capacidade regulatória entre os Estados.

O pensamento criticado de Nádía de Araújo por Beat Rechsteiner demonstra de todo modo, a influência no Brasil de teorias de DIPr preocupadas com o destinatário final das normas de conflito, a pessoa humana concretamente considerada, e resgata parte da finalidade defendida por Haroldo Valladão. Nádía de Araújo define a finalidade do DIPr com certa amplitude e vagueza ao determinar que esta seria “dar soluções aos problemas advindos das relações privadas internacionais”.²²² Entretanto, diferentemente do que expõe Basso, a autora reconhece que o objetivo do DIPr deixou de ser apenas a promoção da segurança jurídica, entendendo que “é preciso adequar essa metodologia aos conceitos de proteção garantidos pelos direitos fundamentais.”²²³

A preocupação demonstrada por Araújo é compartilhada nesta tese. A proteção da pessoa humana deve ser de fato uma das funções manifestas do DIPr e

²²¹ RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 15.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.36.

²²² ARAUJO, Nádía. **Direito internacional privado**: teoria e pratica brasileira. 5.ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.34.

²²³ Ibid., p.48.

certamente os Direitos Humanos tem papel preponderante nesta proteção. Entretanto, pretende-se aqui ir além da mera conformação aos Direitos Humanos ou mesmo da adoção dos Direitos Humanos como regra de conflito dentro do DIPr. De um lado, pelo fato de que os Direitos Humanos foram interpretados e apropriados de formas diferentes pelos diferentes países, e de outro porque os Direitos Humanos seriam insuficientes para dar conta dos problemas do DIPr diante de sua complexidade. Abordar-se-á em mais detalhes essa proposição adiante.

A pesquisa dos autores brasileiros em relação à função do DIPr demonstra posições diversas, mas que em sua maioria se alinham à concepção europeia continental tradicional, e pensam o DIPr a partir de uma função de alocação de autoridade regulatória entre entes soberanos. Ainda que alguns autores demonstrem posições mais voltados à justiça dos resultados e a proteção da pessoa humana,²²⁴ pode-se afirmar que o DIPr no Brasil chega a atualidade com os pés e a cabeça no passado, buscando extrair de doutrinas ultrapassadas as soluções para questões extremamente complexas e novedosas que envolvem o DIPr.

De igual maneira, a pesquisa dos casos brasileiros que envolvem questões de DIPr comprova o entendimento de que a resolução dos conflitos de leis no país é realizada pelos tribunais de forma mecânica e desconectada do resultado material que a aplicação da lei indicada pela norma de conflito irá produzir, e que considera a solução dos conflitos de leis como mera técnica redutora de complexidades.

Com raras exceções, as decisões dos tribunais brasileiros sobre conflitos de leis apresentam fundamentações superficiais para a escolha da lei aplicável, e se limitam a reproduzir o comando da norma expressa na LINDB, e eventualmente em algum tratado do qual o Brasil é parte, buscando legitimar a escolha da legislação aplicável por meio de elementos de conexão.²²⁵

²²⁴ GAMA JR., Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa (Org.). **Estudios sobre contratación internacional**. Madri: Editora COLEX, 2006. p.688.

²²⁵ “O elemento de conexão, no conflito de leis no espaço, estipulado no ordenamento pátrio, é o domicílio da pessoa. Ainda que a concepção, o nascimento e o registro da investigante tenham ocorrido no exterior, estando ela domiciliada no Brasil, deve ser aplicado o ordenamento nacional.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 512.401-SP. Recorrente: Julio Simões. Recorrido: Maria Cesaltina Conceição Duarte. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. DJE 15/12/2003.; “Acidente ocorrido em território uruguaio que, na exegese extensiva da regra do art. 9.º, “caput”, da LINDB,

Exceção se verifica em casos que envolvem questões sucessórias com herdeiros brasileiros, consoante o artigo 10 da LINDB. Neste ponto, abre-se parênteses no que toca à discussão de aplicação consequencialista de leis em conflito, porquanto o artigo 5.º, inciso XXXI da Constituição Federal de 88, e mais tarde o parágrafo 1.º do artigo 10 da LINDB, previram expressamente a análise pelo julgador das leis em conflito, aplicando-se aos herdeiros brasileiros aquela que for mais benéfica. Como se arguirá em momento oportuno, a regra do inciso XXXI do artigo 5.º representa um avanço no método conflitual brasileiro em linha com o que a presente tese propõe, e que destoa das demais normas aplicadas no Brasil.

Na solução dos casos que enfrentam matérias de sucessão internacional com herdeiros brasileiros, por força do dispositivo constitucional, o julgador está obrigado a analisar o resultado material atingido pela aplicação de cada uma das leis em conflito, e a partir destes optar pela aplicação de um ou outro ordenamento. Como se extrai da parte final do voto do Relator Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior em ação do tipo perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

Conforme as possíveis soluções elencadas supra, percebe-se que das quatro possibilidades ao se aplicar a legislação brasileira, qualquer dos rumos que o reconhecimento da união estável acabe tomando, e comprovada ou não a separação de fato da cônjuge virago por mais de dois anos, estas se mostram mais benéficas aos herdeiros brasileiros do que a aplicação da lei pessoal do de cujus. Assim, comparadas ambas as legislações e, percebendo ser a brasileira mais benéfica, deve ser resguardado o direito dos herdeiros brasileiros, conforme prevê o artigo 5.º, XXXI, da Constituição Federal, pelo que deve ser aplicada a lei nacional. Portanto, pelas razões expostas, deve ser mantida a decisão do magistrado a quo, posto que em absoluta conformidade com o entendimento desta Corte de Justiça.²²⁶

enseja a aplicação do princípio “lex loci delicti”, em conformidade, ainda, com a norma designativa de lei aplicável contida no art. 3.º o do Protocolo de São Luiz, o qual consagra a lei do local do sinistro, para o caso em exame, na medida em que o autor e a ré possuem domicílio em Estados distintos. Aplicação do direito estrangeiro, por esta Corte, que tem lugar independentemente de arguição do autor, no recurso interposto, seja porque deriva de norma de direito interno (art. 9.º, “caput”, LINDB), a cuja aplicação o Juiz nacional está obrigado, seja porque deriva de norma integrante do chamado ‘direito internacional privado uniforme’ (o Protocolo de São Luiz), de vigência cogente, no plano interno.” Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Cív. n.º CNJ 0296120-29.2014.8.21.7000, 12.ª Camara Cível. Apelante: Daniel Azambuya Casaravilla. Apelada: Ruth Pereira Castro. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. DJ 23/04/2015.

²²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Ag. Inst. 2009.016250-3, 6.ª Cam. Cível.** Agravante: G. C. e outros. Agravado: E. de V. N. Rep. p/ invent. C. L. da S. Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior. DJ 04/11/2014.

Conforme se depreendeu da pesquisa realizada, a função manifesta do DIPr no Brasil, excetuados os casos de aplicação do art. 5.º, XXXI da CF, não parece se preocupar com os resultados da sua aplicação, entendendo a justiça material do DIPr em um contexto meramente formal. Pode-se dizer que no âmbito do DIPr brasileiro, a preocupação com a realização da justiça se esgota na escolha previsível das leis de regência em cada tipo de relação jurídica, fato que, conforme se demonstrará, a deixa em dissonância com a realidade histórica atual da complexidade das relações humanas e com os movimentos de proteção humana experimentados nas últimas décadas tanto no direito das gentes, como também no âmbito do direito privado interno. Tal fato também comprova o apego da doutrina e jurisprudência brasileiras à tradição clássica do DIPr, voltada simplesmente para a alocação de capacidade regulatória entre os entes soberanos, mais preocupada com a previsibilidade do que com a justiça das decisões que produz.

CAPÍTULO 3 AS REVOLUÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Analizada a função do DIPr nas teorias clássicas, o capítulo 3 pretende demonstrar e descrever as “revoluções” sofridas por este ramo em relação às suas teorias clássicas ao longo do século XX. Como se propõe na presente tese, o método conflitual de DIPr é constantemente obrigado a se readaptar a novos contextos históricos e facilidades tecnológicas, que surgem de forma dinâmica e em escala global.

A doutrina identifica as mudanças paradigmáticas experimentadas pelo DIPr como revoluções por representarem uma mudança sensível nas bases filosóficas que sustentam a disciplina.²²⁷ Desta forma, considera-se que o DIPr clássico do século XIX já sofreu revoluções em algumas partes do mundo, nas quais se alterou fundamentalmente a ideia do DIPr, especificamente nos Estados Unidos e no continente Europeu.

Nos EUA, a revolução transformou os conceitos de *vested rights* e de regras rígidas de conflito para métodos mais voltados à obtenção de resultados justos. Na Europa, o surgimento da União Europeia e do mercado comum também clamou um sistema de DIPr que tivesse foco no bom funcionamento do bloco e do mercado interno, fato que também contribuiu para uma mudança paradigmática no DIPr daquela região.

Finalmente, o capítulo trabalha também com o movimento de uniformização do DIPr iniciado no século XX, buscando demonstrar a importância e o estado atual da harmonização de regras materiais de DIPr, que de certa forma também representam uma revolução para a matéria.

²²⁷ “What the revolution has changed is not so much the outcomes of cases but the way in which we in the United States think about choice of law. Revolutions are, first and foremost, paradigm changes, reactions against old paradigms.” MICHAELS, Ralf. The New European Choice-of-Law Revolution. **TUL. L. REV.**, v.82, p.1607-1610, 2008.

1 A REVOLUÇÃO AMERICANA: BABCOCK, NEUMEIER E O 2ND CONFLICTS RESTATEMENT

O sistema clássico de DIPr conforme exposto no capítulo anterior, tem se mostrado insuficiente para resolver a multiplicidade de complexidades que as relações humanas do século XXI tem produzido. O avanço extremamente rápido dos meios de comunicação, e a maior acessibilidade aos meios de transporte contribuem para que, com frequência e amplitude cada vez maiores, as pessoas ultrapassem as barreiras geográficas nacionais em suas relações.

Nesta linha, é um tanto óbvio que soluções pensadas em um contexto de realidade do Século XIX são insuficientes e inadequadas para solucionar problemas no Século XXI, onde as evoluções tecnológicas e a amplitude de relações internacionais possíveis criaram cenários que eram impensados há 20 anos atrás, quem dirá há 200.

Não por acaso, o DIPr clássico sofreu algumas revoluções pelo mundo, que alteraram substancialmente a própria identidade da disciplina. A partir do pensamento de Beale e Dicey exposto anteriormente, desenvolveu-se a Revolução Americana dos conflitos de leis²²⁸, e mais tarde, no contexto de integração da União Europeia, identifica-se igualmente uma Revolução Europeia no DIPr.

As revoluções são assim chamadas porque, em um ou outro grau, alteraram os paradigmas da disciplina,²²⁹ dando-lhe novos contornos e funções. Passaremos agora à análise destas revoluções e seus impactos na disciplina, bem como suas influências nos movimentos de uniformização do DIPr, sentidos especialmente a partir do pós-guerra.

²²⁸ CAVERS, David F. A critique of the choice-of-law problem. **Harvard Law Review**, v.47, p.173-208, 1933. CURRIE, Brainerd. **Selected essays on the conflict of laws**. Durham, North Carolina: Duke University Press, 1963. CURRIE, Brainerd. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. **Duke Law Journal**, v.8, n.2, 1959. REESE, Willis L. M. **Conflict of laws and the restatement second, law and contemporary problems**, Fall, 1963. p.679-699. **Babcock v. Jackson**, 12 N.Y.2d 473, NY Ct. App, 1963. SYMEONIDES, Symeon C. The American Choice-of-Law Revolution: past, present and future. Brill Nijhoff, 2006. GRINSWOLD, Erwin. Mr. Beale and the Conflict of Laws. **Harv. L. Rev.**, v.56, p.690, 1943. VITTA, Edoardo. The impact in Europe of the American "Conflicts Revolution". **The American Journal of Comparative Law**, v.30, n.1, Winter 1982.

²²⁹ MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, p.448, 2013.

Como visto, o *1st Restatement on the Conflicts of Laws* produzido por Beale, sofreu forte influência do pensamento de Story e Dicey, e se baseava em grande parte no princípio da territorialidade e na ideia de *vested rights*. Ainda que o Restatement tenha sido recepcionado e tenha resistido por quase 30 anos, - em grande parte graças à influência de Beale como professor em Harvard e articulista - na noite que antecedeu a publicação do Restatement, o professor David Cavers escreveu aquilo que seria a primeira fagulha da revolução dos conflitos de leis. Naquele artigo, publicado na *Harvard Law Review*, Cavers defende que as regras de conflito não podem estar alheias ao conteúdo das leis e aos resultados que a sua aplicação produz.²³⁰ Como nota Harold Korn,

Cavers appears to have been the first in the United States to suggest that in determining a choice-of-law question the court should routinely take account of the specific tenor of the competing local rules and the desirability of the substantive results they would produce. [...] Caver's proposal that the courts consider the substantive tenor of the competing local rules has since become a major article of faith in the modern choice-of-law revolution.²³¹

No entanto, é a partir dos anos 50 do século XX, que a disciplina dos conflitos de leis nos Estados Unidos começa a tomar nova forma, identificada como uma revolução por ter alterado fundamentalmente as premissas e objetivos que guiavam o sistema até aquele momento. Symeon Symeonides, comentando a Revolução Americana, explica que

All rules were denounced in favor of 'approaches', issue-by-issue analysis and *dépeçage* became the new terms du jour, material justice became an overt goal, unilateralism was resurrected, and the principle of territoriality lost significant ground to personality, especially in contract conflicts. Indeed, from the perspective of methodology, general philosophy, and even terminology, the choice-of-law revolution has instigated significant and in many respects beneficial changes.²³²

²³⁰ CAVERS, David F. A critique of the choice-of-law problem. **Harvard Law Review**, v.47, n.1/8, p.173-208, 1933.

²³¹ KORN, Harold L. The choice of law revolution: a critique. **Columbia Law Review**, n.83, p.809-810, 1983.

²³² "Todas as regras foram denunciadas em favor de 'abordagens', a análise por assunto e a *dépeçage* se tornaram os novos termos do dia, a justiça material tornou-se um objetivo aberto, o unilateralismo foi ressuscitado e o princípio da territorialidade perdeu terreno significativo para a personalidade, especialmente em conflitos contratuais. De fato, do ponto de vista da metodologia, da filosofia geral e até da terminologia, a revolução da escolha da lei instigou mudanças benéficas significativas e em muitos aspectos." (trad. livre). SYMEONIDES, Symeon C. The american revolution and the european evolution in choice of law: reciprocal lessons

A Revolução dos conflitos de leis se inicia no campo doutrinário e especialmente nas áreas de responsabilidade civil (*torts*) e contratos. As regras tradicionais de conflito que vigoravam em relação a estas duas categorias nos tribunais americanos decorriam diretamente da ideia dos *vested rights*, e eram respectivamente a *lex loci delictii* e a *lex celebrationis*. Isto porque, segundo esta teoria, o único estado que teria autoridade para criar e definir o escopo de um dano ou de uma obrigação contratual, seria aquele no qual o último ato ou evento necessário para que a situação jurídica surgisse houvesse ocorrido.²³³

A Revolução também surge como resultado de um crescimento do movimento conhecido como Realismo Legal Americano, que segundo Alex Mills, representava uma reação contra uma abordagem mecânica e formalista da jurisprudência, sob a qual a aplicação da lei era ou deveria ser um processo racional quase científico: “Legal realists argued that the application of law was inherently indeterminate and necessarily involved policy choices, with legal rules serving as rationalizations rather than justification for those choices.”²³⁴

As novas abordagens às regras de conflitos vêm à tona com alguns importantes trabalhos, destacando-se aqui os de David Cavers e seus princípios de preferência²³⁵, Brainerd Currie, que apresentou um método embasado no interesse governamental e em regras de decisão,²³⁶ bem como os de Arthur Von Mehren e Donald Trautman que inauguraram a ideia de uma análise funcional do conflito de leis.²³⁷ Estes trabalhos representam um afastamento das regras tradicionais e apresentam formas mais flexíveis de consideração dos pontos de contato que influenciam a indicação da lei aplicável, incluindo nesta análise questões

Proceedings of the Duke Law Center for International and Comparative Law and Tulane Law Review Symposium: The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United States: Contract and Tort Law. **Tulane Law Review**, v.82, p.1746, 2007-2008.

²³³ KORN, Harold L. The choice of law revolution: a critique. **Columbia Law Review**, n.83, p.779, 1983.

²³⁴ MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, p.454, 2013.

²³⁵ CAVERS, David. **The choice of law process**. Michigan: University of Michigan Press, 1965.

²³⁶ “The court in which the action is tried will refer to foreign law, if at all, for the purpose of finding the rule of decision.” CURRIE, Brainerd. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. **Duke Law Journal**, n.2, p.172, 1959 (grifos no original).

²³⁷ VON MEHREN, Arthur T.; TRAUTMAN, Donald T. **The law of multistate problems: cases and materials on conflict of laws**. Boston: Little Brown and Company, 1965.

substantivas e de políticas públicas envolvidas, além dos resultados que a aplicação de uma determinada lei produziria.

Cavers deu sequência às suas críticas feitas inicialmente em 1933, sobre o problema dos conflitos de leis, em um artigo escrito em 1965, no qual o autor definiu as bases da teoria que defendia, dos princípios de preferência. O autor sugeria nesta teoria alguns princípios que deveriam servir como guias para os juízes americanos na solução dos conflitos de leis, mas que não se pretendiam tão específicos nem tão rígidos como um corpo de leis.²³⁸ Note-se que Cavers na proposição de seus princípios, pretendia algo semelhante do que se pretende no presente trabalho, já que o autor não descartava por completo o método tradicional mas propunha a aplicação de seus princípios quando as regras conflituais existentes não levassem à uma solução satisfatória para o caso concreto.²³⁹ Como explica em seu curso da Haia,

Indeed, in *The Choice-of-Law Process* I explicitly proposed the recourse to the principles 'only when a question of choice has not been foreclosed by a valid statute of the forum and when it is evident from an inspection of the laws in conflict, in the light of their purposes and the circumstances of the case, that the conflict is neither false nor readily to be avoided'.²⁴⁰

Já a Brainerd Currie se atribui o desenvolvimento da teoria da análise do interesse governamental, que em apertada síntese, postulava que os problemas de conflitos de leis apresentavam às cortes a questão da análise das políticas que se encontravam em competição entre a lei do foro e a lei estrangeira.²⁴¹ Ressalte-se a que ao se falar em interesse governamental, a teoria de Currie não se alinhava com a ideia de função de Savigny como alocação de autoridade regulatória, mas

²³⁸ CAVERS, David. Contemporary conflicts law in american perspective. **Recueil des Cours**, v.131, p.152, 1970.

²³⁹ Von Mehren e Trautman comentando a análise proposta dentro da teoria de Cavers, explicam que: "The end-product of this process of analysis and evaluation would, of course, be the application to the case at bar of a rule of law, derived either from the municipal law of the fórum or that of some foreign state if proof of the later law were duly made. The choice of that law would not be the result of the automatic operation of a rule or principle of selection but a search for a just decision in the principal case." VON MEHREN, Arthur T. TRAUTMAN, Donald T. **The law of multistate problems: cases and materials on conflict of laws**. Boston: Little Brown and Company, 1965. p.56.

²⁴⁰ Ibid., p.153.

²⁴¹ "The basic problem in conflict of laws is to reconcile or resolve the conflicting interests of different states." CURRIE, Brainerd. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. **Duke Law Journal**, n.2, p.163, 1959.

sim com a ideia de que o juiz deve considerar na solução dos conflitos de leis, qual das políticas pretendidas por cada uma das leis em disputa deveria prevalecer no caso concreto. Para Harold Korn, um estado terá interesse na aplicação de sua lei dentro do conceito de Currie, se o estado for tão conectado com o caso a ponto dos propósitos ou políticas de sua lei serem levados a efeito por esta aplicação.²⁴²

Nesta linha, Currie considerava as regras de conflito tradicionais inaceitáveis pois não se referiam à lei estrangeira somente para encontrar a regra de decisão, mas sim para outros propósitos que segundo ele não deveriam fazer parte da problematização. Currie critica a teoria de sede natural das relações jurídicas, principalmente pelo fato desta se basear em uma universalidade inatingível:

They will address themselves to metaphysical questions concerning the nature of law and its abstract operation in space – matters remote from mundane policies and conflicts of interest – and will evolve a set of rules for determining which state's law must, in the nature of things, control. If all states can be persuaded to adhere to these rules, the seemingly impossible will have been accomplished: there will be uniformity and certainty in the administration of private law from state to state. The fact that this goal will be achieved at the price of sacrificing state interests is not emphasized; rather, it is obscured by the metaphysical apparatus of the method.²⁴³

Currie defendia que “estaríamos melhor sem regras de conflito”²⁴⁴ e propunha a substituição destas por um método básico que funcionava mais como guia, e que deveria ser usado para a definição da regra de decisão. Em síntese, Currie defendia que normalmente, mesmo casos que envolvessem elementos estrangeiros deviam ter a expectativa de serem decididos conforme a regra de decisão da lei do foro; nos casos em que se sugerisse que a lei estrangeira deveria fornecer a regra de decisão, a corte deveria antes de tudo definir a política governamental da lei do foro, e então verificar se existia uma base legítima para a

²⁴² KORN, Harold L. **The choice of law revolution: a critique.** *Columbia Law Review*, n.83, p.811, 1983.

²⁴³ “Eles se dirigirão a questões metafísicas sobre a natureza do direito e sua operação abstrata no espaço - assuntos remotos a políticas mundanas e conflitos de interesse - e desenvolverão um conjunto de regras para determinar qual lei estatal deve, na natureza do coisas, controlar. Se todos os estados puderem ser persuadidos a aderir a essas regras, o aparentemente impossível terá sido cumprido: haverá uniformidade e certeza na administração do direito privado de estado para estado. O fato de que esse objetivo será alcançado ao preço de sacrificar os interesses do Estado não é enfatizado; antes, é obscurecido pelo aparato metafísico do método.” (trad. livre). CURRIE, Brainerd. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. *Duke Law Journal*, n.2, p.173-174, 1959.

²⁴⁴ *Ibid.*, p.177.

alegação de um interesse na aplicação daquela política; se necessário, o juiz deveria determinar a política pública expressa na lei estrangeira e se aquela teria interesse em ser aplicada. Se desta análise decorrer que o estado do foro não tem interesse na aplicação de sua política no caso concreto, mas o estado estrangeiro sim, o juiz deveria aplicar a lei estrangeira. Caso o estado do foro tenha interesse na aplicação de sua política, o juiz deve aplicar a lei do foro, ainda que o estado estrangeiro também sustente o mesmo interesse a seu turno.²⁴⁵

A obra de Currie foi responsável por iniciar um grande debate sobre a função do DIPr e a melhor forma de resolução dos conflitos de leis, e se afastou consideravelmente das teorias até então defendidas, fato que fomentou muitas críticas ao seu método, dentre elas a dificuldade na definição das políticas em jogo, o aumento do incentivo ao *fórum shopping* e também pelo fato da obra apresentar uma abordagem para solucionar problemas de conflitos de leis mas sem propor regras substitutas.²⁴⁶ Fato é que, independente das críticas que possam ser levadas a efeito, o trabalho de Currie contribuiu para uma mudança paradigmática na visão do DIPr, que passou a ser considerado, ao menos nos Estados Unidos, em termos de escolhas entre regras e não entre estados.²⁴⁷

²⁴⁵ “1. Normally, even in cases involving foreign elements, the court should be expected, as a matter of course, to apply the rule of decision found in the law of the forum.

2. When it is suggested that the law of a foreign state should furnish the rule of decision, the court should, first of all, determine the governmental policy expressed in the law of the forum. It should then inquire whether the relation of the forum to the case is such as to provide a legitimate basis for the assertion of an interest in the application of that policy. This process is essentially the familiar one of construction or interpretation. Just as we determine by that process how a statute applies in time, and how it applies to marginal domestic situations, so we may determine how it should be applied to cases involving foreign elements in order to effectuate the legislative purpose.

3. If necessary, the court should similarly determine the policy expressed by the foreign law, and whether the foreign state has an interest in the application of its policy.

4. If the court finds that the forum state has no interest in the application of its policy, but that the foreign state has, it should apply the foreign law.

5. If the court finds that the forum state has an interest in the application of its policy, it should apply the law of the forum, even though the foreign state also has an interest in the application of its contrary policy, and, a fortiori, it should apply the law of the forum if the foreign state has no such interest.” CURRIE, Brainerd. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. **Duke Law Journal**, n.2, p.178, 1959.

²⁴⁶ HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J.; FREER, Richard D. **Conflict of laws: private international law cases and materials**. 15.th ed. Foundation Press, 2017. p.581.

²⁴⁷ “Though American courts and scholars have begun to view problems of choice of law in terms of choices between rules rather than between states.” CAVERS, David F. Contemporary conflicts law in American perspective. **Recueil des Cours**, p.143, 1971.

O impacto das ideias frutos da revolução americana se verifica na posição adotada pelas cortes do estado de Nova Iorque²⁴⁸ a partir de 1963 com a decisão do famoso caso *Babcock v. Jackson*,²⁴⁹ na qual a corte negou a aplicação da regra da *lex loci* em um acidente que ocorreu no Canadá, para aplicar a lei que levava ao resultado mais justo no caso concreto. No caso em comento, no dia 16 de setembro de 1960, a srta. Georgia Babcock e seus amigos, Sr. e Sra. Jackson, todos residentes em Rochester, NY, embarcaram em uma viagem de automóvel, de propriedade dos Jacksons, para um final de semana no Canadá. Enquanto o sr. Jackson dirigia já na província de Ontário, ele perdeu o controle do carro e colidiu com uma parede de pedras, sendo que a srta. Babcock ficou gravemente ferida. Ao retornar a Nova Iorque, a srta. Babcock promoveu ação em face do sr. Jackson por negligência na operação do veículo. À época, a lei de Ontario previa que “the owner or driver of a motor vehicle, other than the vehicle operated in the business of carrying passengers for compensation, is not liable for any loss or damages resulting from bodily injury to, or the death of any person being carried in the motor vehicle.”²⁵⁰

Seguindo-se a aplicação da regra de conflito então em vigor da *lex loci commissi delicti*, a corte seria levada a aplicação da lei de Ontario, e especificamente da provisão transcrita acima, que impediria a srta. Babcock de ser indenizada pelos danos sofridos por conta da colisão. Este foi o entendimento da corte de primeira instância, que decidiu por dispensar o caso a pedido dos Jackson. No entanto, em sede de apelação, a Corte de Apelações de NY formulou o seguinte questionamento: “The question presented is simply drawn. Shall the law of the place of the tort invariably govern the availability of relief for the tort or shall

²⁴⁸ Optou-se aqui por realizar a análise da revolução americana a partir das decisões das cortes de NY, a um por ter sido a primeira a admitir abertamente a nova abordagem dos conflitos de leis, e a dois por ter sido igualmente a que mais explorou as ramificações da nova abordagem, possibilitando um panorama de toda ascensão e queda da *interest analysis*. (nota do autor). Neste sentido ver KORN, Harold L. The choice of law revolution: a critique. **Columbia Law Review**, n.83, p.776, 1983.

²⁴⁹ **Babcock v. Jackson**, 12 N.Y.2d 473, NY Ct. App, 1963.

²⁵⁰ “o proprietário ou motorista de um veículo automotor outro que não um veículo operado comercialmente para o transporte de passageiros em troca de compensação, não é responsável por qualquer perda ou dano resultante de lesão corporal ou morte, de qualquer pessoa que esteja sendo transportada no veículo.” (trad. do autor). Highway Traffic Act of Province of Ontario. **Ontario Rev. Stat.**, ch. 172, 1960.

the applicable choice of law rule also reflect a consideration of other factors which are relevant to the purposes served by the enforcement or denial of the remedy?”²⁵¹

O juiz Fuld, examinando a questão sob o prisma dos *vested rights*, entendeu que a teoria, aplicada a questões de responsabilidade civil, ignora os interesses que outras jurisdições além daquela do local onde o dano ocorreu, podem ter na resolução de questões particulares. E segue para aduzir que “despite the advantages of certainty, ease of application and predictability which it affords, there has in recent years been increasing criticism of the traditional rule by commentators, and a judicial trend towards its abandonment or modification.”²⁵²

A opinião da corte aplicou a teoria de Currie, e sopesou os interesses dos estados envolvidos para determinar qual das leis deveria fornecer a regra de decisão. Neste sentido, o Juiz Fuld notou que a política do estado de Nova Iorque, de requerer que o causador do dano compense seus passageiros por ferimentos causados por negligência, estava claro pelo fato de que por inúmeras vezes o legislativo do estado, instado a alterar a regra para negar ou limitar a compensação, expressamente se negou a fazê-lo. Da mesma forma, entendeu o Juiz Fuld que as cortes do estado não poderiam se distanciar desta política, pelo simples fato de o acidente, que só envolvia elementos nova-iorquinos, tinha ocorrido além das fronteiras do estado. Na sua opinião, o Juiz Fuld deixa clara a ponderação feita pela corte:

Comparison of the relative ‘contacts’ and ‘interests’ of New York and Ontario in this litigation, vis-à-vis the issue here presented, makes it clear that the concern of New York is unquestionably the greater and more direct and that the interest of Ontario is at best minimal. The present action involves injuries sustained by a New York guest as the result of the negligence of a New York host in the operation of an automobile, garaged, licensed and undoubtedly insured in New York, in the course of a weekend journey which began and was to end there. In sharp contrast, Ontario’s sole relationship with the occurrence is the purely adventitious circumstance that the accident occurred there.²⁵³

²⁵¹ **Babcock v. Jackson**, p.477.

²⁵² *Ibid.*, p.478.

²⁵³ “A comparação dos ‘contatos’ e ‘interesses’ relativos de Nova York e Ontário neste litígio, vis-à-vis a questão aqui apresentada, deixa claro que a preocupação de Nova York é inquestionavelmente a maior e mais direta e que o interesse de Ontário é no mínimo mínima. A presente ação envolve ferimentos sofridos por um hóspede de Nova York como resultado da negligência de um anfitrião nova-iorquino na operação de um automóvel, licenciado e indubitavelmente segurado em Nova York, no curso de uma viagem de fim de semana que começou e foi para terminar aí. Em contraste, a única relação de Ontário com a ocorrência é a circunstância puramente adventícia de que o acidente ocorreu lá.” (trad. livre). *Ibid.*, p.478.

O caso Babcock foi o primeiro a aplicar a teoria da análise do interesse governamental na solução dos conflitos de leis, e foi o primeiro precedente entre aqueles que alteraram de fato o estado da *common law*. O Juiz Van Voorhis, em voto dissidente do Juiz Fuld, notou a alteração de orientação da corte que a decisão do caso Babcock representava.²⁵⁴ A novidade da decisão em Babcock não estava somente na rejeição automática da regra da *lex loci delictii* para os casos de danos, mas na rejeição com base em princípios extraídos de conceitos e metodologias advindos dos textos revolucionários.²⁵⁵

A decisão do caso *Babcock* no entanto não pacificou a questão dos conflitos de leis (em especial no que se referia à responsabilidade civil) nos Estados Unidos ou mesmo dentro das próprias cortes nova-iorquinas sob a teoria do *stare decisis*. Nos nove anos que se seguiram, a Corte de Apelações de NY (maior instância da justiça daquele estado) fora instada em outras quatro oportunidades para resolver casos que envolviam situação semelhante ao caso Babcock, sobre se um passageiro poderia ser indenizado por um motorista nova-iorquino sob as leis de NY sobre negligência ou se necessitava conformar-se com regras de responsabilidade mais estritas do local do fato danoso.

Em *Dym v. Gordon*,²⁵⁶ a corte negou indenização a um passageiro nova-iorquino que processou um motorista também nova-iorquino por conta de lesões sofridas em um acidente no estado do Colorado. Neste caso, a corte distinguiu Babcock sob o fundamento de que o caso Dym envolvia um acidente com dois veículos e que o propósito das leis do Colorado era de preservar os ativos do motorista para as pessoas lesionadas no outro veículo, além do fato de a relação entre o motorista e passageiro ter se formado no Colorado, local em que as partes se conheceram durante um curso de verão.²⁵⁷

Já no caso *Macey v. Rozbicki*²⁵⁸, a corte aplicou a lei de NY em uma ação entre duas irmãs que viviam em Buffalo mas que estavam de férias na casa de verão

²⁵⁴ “The decision about to be made of this appeal changes the established law of this State... The decision in *Auten v. Auten* rationalized and rendered more workable the existing law of contracts... The difference between the present case and *Auten v. Auten* is that *Auten* did not materially change the law, but sought to formulate what has previously been decided. The present case makes substantial changes to the law of torts.” *Babcock v. Jackson*, Dissenting Opinion.

²⁵⁵ KORN, Harold L. The choice of law revolution: a critique. **Columbia Law Review**, n.83, p.827, 1983.

²⁵⁶ **Dym v. Gordon**, 209 N.E.2d 792 (N.Y. 1965).

²⁵⁷ HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J.; FREER, Richard D. **Conflict of laws: private international law cases and materials**. 15th ed. Foundation Press, 2017. p.604.

²⁵⁸ **Macey v. Rozbicki**, 221 N.E.2d 380 (N.Y. 1966).

da motorista em Ontario, local em que ocorreu o acidente. A corte novamente fundou-se no argumento de que a relação entre as partes se estabeleceu em NY e por isso essa lei deveria se aplicar para indenizar o passageiro.²⁵⁹

Em 1969 outro caso, *Tooker v. Lopez*,²⁶⁰ a corte reverteu o entendimento exposto em *Dym v. Gordon* ao aplicar a lei de NY a uma morte ocorrida no estado de Michigan, aonde passageiro e motorista, ambos nova-iorquinos, estudavam na Universidade de Michigan State, alegando que, contrariamente ao ocorrido em *Dym v. Gordon*, a morte ocorreu por conta do capotamento do veículo e não por colisão com outro automóvel.

Esta sequência de casos ao longo dos anos que seguiram a decisão do caso *Babcock* ilustram o período de amadurecimento da revolução americana e das teorias acadêmicas geradas por esta dentro dos tribunais, em especial na seara dos *torts*. Como notou o Juiz Charles D. Breitel em seu voto no caso *Neumeier v. Kuehner*, referindo-se ao afastamento das regras tradicionais de conflito,

Problems engendered by the new departures have not gone unnoticed and they are not confined to the courts of this State. They arise not merely because any new departure of necessity creates problems, but much more because the departures have been accompanied by an unprecedented competition of ideologies, largely of academic origin, to explain and reconstruct a whole field of law, each purporting or aspiring to achieve a single universal principle.²⁶¹

O caso *Neumeier*, por sua vez, marcou definitivamente o posicionamento da corte de NY em relação aos conflitos de leis em matéria de responsabilidade civil de motoristas em relação a passageiros em acidentes de automóvel.

Em *Neumeier*, Arthur Kuehner, domiciliado em Buffalo, NY, dirigiu seu carro em 7 de maio de 1969 até a cidade de Fort Erie, na província de Ontario, Canada, para buscar Amie Neumeier, que morava naquela cidade com sua mulher e filhos. A viagem programada era até Long Beach, também em Ontario. Porém,

²⁵⁹ HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J.; FREER, Richard D. **Conflict of laws**: private international law cases and materials. 15.th ed. Foundation Press, 2017. p.604.

²⁶⁰ **Tooker v. Lopez**, 249 N.E.2d 394 (N.Y. 1969).

²⁶¹ “Os problemas gerados pelas novas saídas não passaram despercebidos e não se limitam aos tribunais deste Estado. Eles surgem não apenas porque qualquer nova partida por necessidade cria problemas, mas muito mais porque os desvios foram acompanhados por uma concorrência sem precedentes de ideologias, em grande parte de origem acadêmica, para explicar e reconstruir todo um campo do direito, cada um pretendendo ou aspirando alcançar um único princípio universal”. (trad. livre). **Neumeier v. Kuehner**, 286 N.E.2d 454 (N.Y. 1972), p.459.

em um cruzamento de trem na cidade de Sherkston a caminho de Long Beach, o carro foi atingido por um trem da Canadian National Railway Company, e os dois ocupantes do automóvel morreram na hora.

A esposa de Neumeier e inventariante, canadense e domiciliada em Ontario, iniciou uma ação contra o espólio de Kuehner e a empresa ferroviária canadense. A parte ré apresentou defesa afirmativa, alegando que a lei de passageiro de Ontario previa que o proprietário ou motorista de um automóvel não é responsável por danos resultantes de lesões ou morte de um passageiro, a menos que fosse culpado por negligência grave.

A instância inferior rejeitou a defesa, acatando o argumento de que a lei de Ontario não se aplicava conforme a corte havia decidido em *Tooker*. A Corte de Apelação por outro lado, revertendo a rejeição da defesa, distinguiu os fatos em *Neumeier* daqueles presentes em *Tooker*, sob o argumento de que em *Tooker* tanto o motorista quanto o passageiro eram domiciliados no estado de Nova Iorque, e que a decisão tomada em *Tooker* se baseava e se limitava àquela situação fática específica. Em *Neumeier*, a corte explicou a adoção de posicionamento diferente com base nos fatos, aduzindo que:

What significantly and effectively differentiates the present case is the fact that, although the host was a domiciliary of New York, the guest, for whose death recovery is sought, was domiciled in Ontario, the place of accident and the very jurisdiction which had enacted the statute designed to protect the host from liability for ordinary negligence. It is clear that although New York has a deep interest in protecting its own residents, injured in a foreign state, against unfair or anachronistic statutes of that state, it has no legitimate interest in ignoring the public policy of a foreign jurisdiction—such as Ontario—and in protecting the plaintiff guest domiciled and injured there from legislation obviously addressed, at the very least, to a resident riding in a vehicle traveling within its borders.²⁶²

Visando pacificar a discussão das regras de conflito geradas depois de *Babcock*, a Corte de Apelações desenhou regras específicas que ficaram conhecidas como *Neumeier Rules* e que em tese vigoram até hoje:

1. When the guest-passenger and the host-driver are domiciled in the same state, and the car is there registered, the law of that state should control and determine the standard of care which the host owes to his guest.

²⁶² **Neumeier v. Kuehner**, 286 N.E.2d 454 (N.Y. 1972), p.456.

2. When the driver's conduct occurred in the state of his domicile and that state does not cast him in liability for that conduct, he should not be held liable by reason of the fact that liability would be imposed upon him under the tort law of the state of the victim's domicile. Conversely, when the guest was injured in the state of his own domicile and its law permits recovery, the driver who has come into that state should not – in the absence of special circumstances – be permitted to interpose the law of his state as a defense.
3. In other situations, when the passenger and the driver are domiciled in different states, the rule is necessarily less categorical. Normally, the applicable rule of decision will be that of the state where the accident occurred but not if it can be shown that displacing that normally applicable rule will advance the relevant substantive law purposes without impairing the smooth working of the multi-state system or producing great uncertainty for litigants.”²⁶³

O juiz Breitel em seu voto, atribui à doutrina de Currie dos interesses governamentais, o esforço das cortes em encontrar a motivação dos legisladores em outros estados, na produção de leis relativas às restrições de indenização por danos. E segue para fazer a observação de que a lição que deveria ser extraída da decisão em *Babcock*, seria a de que a regra da *lex loci delictii* será “mal aplicada se a for de forma indiscriminada e sem exceções.” Para ele, a regra deveria ser rejeitada apenas quando for evidente que o local do acidente é o menor de vários fatores ou influências que podem ser atribuídas ao fato danoso.²⁶⁴

Além de Currie, entretanto, outros trabalhos merecem ser referenciados por terem feito parte da mudança promovida pela Revolução americana, ainda que com menor impacto. Dentre eles, destaque-se o trabalho de Robert Leflar. A teoria de Leflar ficou conhecida como “*choice-influencing considerations*”, e propôs a sistematização das considerações que influenciam a escolha da lei nos casos de

²⁶³ 1. Quando o passageiro-hóspede e o motorista-anfitrião estiverem domiciliados no mesmo estado e o carro estiver lá registrado, a lei desse estado deve controlar e determinar o padrão de atendimento que o anfitrião deve ao seu hóspede.

2. Quando a conduta do condutor ocorreu no estado do seu domicílio e esse Estado não o responsabiliza por esse comportamento, não deve ser responsabilizado pelo facto de lhe ser imposta a responsabilidade ao abrigo da lei do crime estado do domicílio da vítima. Inversamente, quando o hóspede foi ferido no estado de seu próprio domicílio e sua lei permite a recuperação, o motorista que entrou naquele estado não deve - na ausência de circunstâncias especiais - ter permissão para interpor a lei de seu estado como uma defesa.

3. Em outras situações, quando o passageiro e o motorista estão domiciliados em estados diferentes, a regra é necessariamente categórica. Normalmente, a regra de decisão aplicável será aquela do estado em que ocorreu o acidente, mas não se puder ser demonstrado que o deslocamento daquela regra normalmente aplicável promoverá os propósitos relevantes da lei substantiva sem prejudicar o bom funcionamento do sistema multiestado ou grande incerteza para os litigantes”. (trad. livre). **Neumeier v. Kuehner**, 286 N.E.2d 454 (N.Y. 1972), p.457-458.

²⁶⁴ Ibid., p.459.

conflito para auxiliar a sua resolução, tendo sido em parte adotada pelo 2nd Restatement. Seriam elas: “(a) Predictability of results; (b) Maintenance of interstate and international order; (c) Simplifications of the judicial task; (d) Advancement of the forum’s governmental interests; (e) Application of the better rule of law.”²⁶⁵ A Leflar também se atribui a abordagem da “better law”, que instava a corte a considerar qual das leis em conflito resolveria de forma melhor o problema em análise, ou que produzia um resultado mais “justo” em um caso determinado.

A mudança de paradigma dentro dos conflitos de leis nos Estados Unidos culminou com a edição do 2nd Restatement on the conflicts of laws, que identificou a adoção pelas cortes americanas de princípios gerais para a solução dos conflitos de leis que eram fundamentalmente diferentes daqueles previstos no 1st Restatement:

§6. Choice-Of-Law Principles

- (1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.
- (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include
 - (a) the needs of the interstate and international systems,
 - (b) the relevant policies of the forum,
 - (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
 - (d) the protection of justified expectations,
 - (e) the basic policies underlying the particular field of law,
 - (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
 - (g) ease in the determination and application of the law to be applied.²⁶⁶

Comparando-se os princípios gerais expostos acima com aqueles do 1st Restatement, nota-se claramente a mudança axiológica sofrida pelo DIPr nos Estados Unidos, assim como a adoção pelas cortes das diversas teorias que foram produtos da Revolução para a solução dos conflitos de leis.

²⁶⁵ LEFLAR, Robert. A. **American conflicts law**. 4th ed., 1986. p.107.

²⁶⁶ “§6. Princípios da Escolha da Lei:

- (1) Um tribunal, sujeito a restrições constitucionais, seguirá uma diretriz estatutária de seu próprio estado sobre a escolha da lei.
- (2) Quando não existe tal diretriz, os fatores relevantes para a escolha do estado de direito aplicável incluem:
 - (a) as necessidades dos sistemas interestaduais e internacionais,
 - (b) as políticas relevantes do fórum,
 - (c) as políticas relevantes de outros estados interessados e os interesses relativos desses estados na determinação da questão específica,
 - (d) a proteção de expectativas justificadas,
 - (e) as políticas básicas subjacentes ao domínio específico do direito,
 - (f) certeza, previsibilidade e uniformidade do resultado, e
 - (g) facilidade na determinação e aplicação da lei a ser aplicada.” (trad. livre). Restatement (Second) on the Conflicts of laws. §6.

Importante notar também a mudança operada pelo 2nd Restatement em relação ao conflito de leis em matéria de responsabilidade civil (torts), que adotou o teste da “relação mais significativa” com a ocorrência para determinar a lei aplicável,²⁶⁷ além de considerar o conteúdo das leis substantivas em disputa para definir entre questões que envolvem interesses de regulação de condutas e aquelas que visam a distribuição dos prejuízos.

Invariavelmente entretanto, há que se reconhecer que o método proposto pelo 2nd Restatement e pelas cortes americanas está a mercê de diversas críticas, entre elas o fato de combinar de forma incoerente uma variedade de abordagens teóricas ao invés de promover clareza e a falta de previsibilidade na predição das decisões.²⁶⁸ Ademais, sua influencia não pode ser considerada absoluta nos Estados Unidos, porquanto apenas 42 dos 52 estados adotaram em alguma forma o Restatement²⁶⁹. De todo modo, há que se reconhecer também a importância do movimento norte americano para a mudança paradigmática do DIPr e as suas contribuições para um método mais humano e voltado à obtenção de resultados mais justos.

Para os fins desta tese, no entanto, cumpre apontar que a Revolução Americana teve como premissa a superação da regra clássica de conflito para a adoção de métodos e regras que se preocupam com as necessidades dos sistemas interestaduais e internacionais, com os interesses do Estados desde uma perspectiva, não de capacidade regulatória, mas de efetivação de políticas públicas, e principalmente a proteção de expectativas justificadas.

²⁶⁷ s 145. the general principle:

(1) The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in s 6.

(2) Contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include:

(a) the place where the injury occurred,

(b) the place where the conduct causing the injury occurred,

(c) the domicil, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and

(d) the place where the relationship, if any, between the parties is centered. These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

²⁶⁸ MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, p.461, 2013.

²⁶⁹ MONÉGER, Françoise. The last ten: ou les derniers États des États-Unis d'Amérique fidèles à la lex loci delicti. In: **Le droit international privé: esprit et methods**. Mélanges ne l'honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005.

Como nota Korn, um dos principais pontos da revolução americana reside na flexibilidade do método, que segundo ele surge em resposta direta à principal crítica do sistema que se pretendia repor, baseado em regras rígidas e amplas de caráter unilateral, como pregava a teoria dos *vested rights*. Ao mesmo tempo, a flexibilidade levada ao extremo gerou críticas ao que seria um método sem regras, definido caso a caso, que afetava direta e fundamentalmente a previsibilidade nas relações jurídicas transfronteiriças.

Por fim, outro trabalho realizado no período da Revolução Americana e que merece nota foi de obra de Arthur Von Mehren e Donald Trautman, que em 1965 apresentaram uma teoria de análise funcional dos conflitos de leis, que objetivasse soluções que fluíssem de “elaborações racionais e a aplicação das políticas e propósitos subjacentes às regras jurídicas específicas e ao sistema jurídico como um todo.”²⁷⁰ Von Mehren e Trautman pretendiam construir para cada jurisdição envolvida uma regra de regulação que levasse em conta tanto as políticas relevantes extraídas das leis internas de uma jurisdição como políticas peculiares para transações multiestados. A diferença principal no trabalho de Von Mehren e Trautman em relação à teoria de Currie está no reconhecimento de políticas multiestaduais que se sobreporiam a políticas subjacentes das leis internas de cada jurisdição.²⁷¹

A proposta de análise funcional de Von Mehren e Trautman merece atenção não tanto pelo seu impacto na Revolução Americana dos conflitos de leis, mas pelo fato de ter sido uma das primeiras proposições de análise funcional neste ramo do direito. Entretanto, a proposição funcional destes autores pouco tem em comum com aquela proposta na presente tese, como se verá.

A diferença do método funcional proposto pelos autores americanos em relação àquela proposta por esta tese repousa em dois aspectos principais. Em primeiro lugar, porque a teoria avançada por aqueles autores foca-se em uma ideia diferente de função: não pretendem definir a função das regras de conflito, mas sim

²⁷⁰ “With a view to suggesting our underlying philosophy, we speak of a functional approach or analysis, one that aims at solutions that are the rational elaboration and application of the policies and purposes underlying specific legal rules and the legal system as a whole.” VON MEHREN, Arthur T.; TRAUTMAN, Donald T. **The law of multistate problems: cases and materials on conflict of laws**. Boston: Little Brown and Company, 1965. p.76.

²⁷¹ HAY, Peter; BORCHERS, Patrick J.; FREER, Richard D. **Conflict of laws: private international law cases and materials**. 15th ed. Foundation Press, 2017. p.583.

uma análise na resolução dos conflitos de leis que coteje as diferentes funções das leis em conflito, em cenários domésticos e cenários internacionais.²⁷² Em segundo, porque o método de solução proposto por eles centra-se na correta alocação de autoridade regulatória entre Estados soberanos, e não se preocupa com os resultados materiais atingidos com a solução do conflito de leis.

Em relação ao segundo ponto, é interessante notar a repulsa dos autores no que concerne à introdução, na análise dos conflitos de leis, do elemento pessoal trazido pelo caso concreto, que geraria “imprevisibilidade e irracionalidade” nas decisões. A análise proposta por Von Mehren e Trautman pretendia justamente corrigir o problema do elemento pessoal a partir da análise das funções exercidas ou pretendidas pelas leis soberanas em relação a cada situação jurídica:

A tension is produced by the contrary pulls of dogmatic prescriptions and the inherent requirements of individual cases. Because the dogmatic framework is not adequate to contain the reality to which it is addressed, an element of irrationality emerges. It becomes difficult or impossible to explain why the court in one case chooses conformity with dogmatic analysis and in another responds to practical requirements of the specific situation. Choice-of-law problems are difficult enough when the analysis is limited to elements capable of rational evaluation. However, much contemporary thinking about these problems, instead of advancing understanding, serves rather to introduce an element of unpredictability or irrationality which must always defy analysis. A properly worked-out functional analysis should at least eliminate this unmanageable dimension of the choice-of-law problem.²⁷³

As críticas de Von Mehren e Trautman à análise consequencialista dos conflitos de leis, apesar de não serem voz única na doutrina americana, não conseguiram frear o movimento iniciado por Cavers e Currie, e assim tiveram papel limitado na revolução.

²⁷² “In conflict of laws, this approach requires one to consider the differences, in functional terms, between domestic and multistate transactions and to handle the latter in ways that take into account not only the policies expressed in domestic rules as they are relevant in a multistate context but also multistate policies as such.” VON MEHREN, Arthur T.; TRAUTMAN, Donald T. **The law of multistate problems**: cases and materials on conflict of laws. Boston: Little Brown and Company, 1965. p.76.

²⁷³ Uma tensão é produzida pelos impulsos contrários das prescrições dogmáticas e pelos requisitos inerentes dos casos individuais. Como a estrutura dogmática não é adequada para conter a realidade a que é dirigida, surge um elemento de irracionalidade. Torna-se difícil ou impossível explicar por que o tribunal em um caso escolhe a conformidade com a análise dogmática e, em outro, responde aos requisitos práticos da situação específica. Problemas de escolha de direito são difíceis o bastante quando a análise é limitada a elementos capazes de avaliação racional. No entanto, muito do pensamento contemporâneo sobre esses problemas, em vez de promover a compreensão, serve antes para introduzir um elemento de imprevisibilidade ou irracionalidade que deve sempre desafiar a análise. Uma análise funcional adequadamente elaborada deve, pelo menos, eliminar essa dimensão incontável do problema da escolha da lei.” (trad. livre). Ibid., p.78.

Pelo exposto, e para os fins deste trabalho, cumpre notar que a Revolução Americana foi a mola propulsora de um movimento de renovação na teoria do DIPr clássico, que colocou em cheque a aplicação das regras clássicas de conflito e que inseriu dentro da lógica da matéria a preocupação com a justiça material do resultado atingido no caso concreto. Além disso, a Revolução e seus reflexos não se esgotaram em solo americano, visto que sua influência refletiu também no continente europeu.

2 A REVOLUÇÃO EUROPEIA

No que concerne ao DIPr na Europa, é interessante notar que antes da emergência de regras unificadas da União Europeia, a matéria era tratada de formas diversas nos vários países do continente, “produto da crescente dissonância no debate sobre quais elementos de conexão deveriam ser aplicados para ‘localizar’ uma relação jurídica.”²⁷⁴

O DIPr europeu vem experimentando nos últimos anos, entretanto, uma transformação na sua concepção e função, motivada principalmente pela unificação do bloco desde a criação da União Europeia. A nova realidade comunitária afastou o DIPr da ideia de um direito nacional para dar a ele uma nova identidade que favorecesse o desenvolvimento do bloco comunitário. Como explica Alex Mills,

Within the European Union, the conception and function of private international law has, however, been transformed over recent years. Instead of being viewed as national law, serving national policy interests, private international law has developed a new identity as part of the process of defining the European legal order and facilitating the efficient functioning of the internal market. In 1999, the Treaty of Amsterdam gave the institutions of the European Union a new competence in the field of private international law.²⁷⁵

O artigo 81(2) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia confere ao Parlamento Europeu o poder de adotar medidas necessárias para o correto funcionamento do Mercado interno europeu, entre as quais estão expressamente questões relativas ao DIPr, em especial o reconhecimento e execução de sentenças dos Estados Membros e a compatibilidade das regras de conflitos de leis e jurisdição aplicáveis dentro dos Estados Membros.²⁷⁶

²⁷⁴ MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, p.461, 2013.

²⁷⁵ Ibid., p.462.

²⁷⁶ Tratado de Lisboa, Art. 81:

1. The Union shall develop judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, based on the principle of mutual recognition of judgments and of decisions in extrajudicial cases. Such cooperation may include the adoption of measures for the approximation of the laws and regulations of the Member States.
2. For the purposes of paragraph 1, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures, particularly when necessary for the proper functioning of the internal market, aimed at ensuring:
 - (a) the mutual recognition and enforcement between Member States of judgments and of decisions in extrajudicial cases;

O parlamento Europeu atuou para atender os objetivos da comunidade em relação aos conflitos de leis, por intermédio da promulgação das Regulações de Roma (I, II e III) e as Regulações de Bruxelas, bem como seus Recasts.

A atuação do Parlamento alterou assim não só as fontes das regras de DIPr, de fontes internas para fontes comunitárias, como também teria alterado fundamentalmente a característica e função manifesta do DIPr para atender às necessidades do bloco, sendo por isso identificada (assim como aconteceu nos Estados Unidos) como uma revolução.

Sob este novo prisma, portanto, o DIPr deixaria de ter a função antes prevalente na Europa de divisão de capacidade regulatória entre estados soberanos, com vistas à efetivação de políticas ou interesses egoístas, para assumir uma função sistêmica a serviço do bom funcionamento do mercado comum. Como explica Alex Mills,

The significance of this European regulation is that it has effected a transformation not only in the source of rules of private international law – from national law to European law – but a transformation in their character and function. Within the European Union, private international law rules are viewed as serving a systemic or public ordering function, allocating regulatory authority between Member States in the service of “the proper functioning of the internal market”. The transformation of private international law – the ‘paradigm shift’ – has thus come once again in response to an external critique of the subject.²⁷⁷

Segundo Alex Mills, a mudança paradigmática ocorreu a partir do exame do DIPr visto sob a ótica das necessidades da União Europeia e de seu mercado

-
- (b) the cross-border service of judicial and extrajudicial documents;
 - (c) the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning conflict of laws and of jurisdiction;
 - (d) cooperation in the taking of evidence;
 - (e) effective access to justice;
 - (f) the elimination of obstacles to the proper functioning of civil proceedings, if necessary by promoting the compatibility of the rules on civil procedure applicable in the Member States;
 - (g) the development of alternative methods of dispute settlement;
 - (h) support for the training of the judiciary and judicial staff.

²⁷⁷ “O significado deste regulamento europeu é que ele efetuou uma transformação não apenas na fonte de regras do direito internacional privado - do direito nacional ao direito europeu - mas uma transformação em seu caráter e função. Na União Europeia, as regras do direito internacional privado são vistas como desempenhando uma função de ordenação sistêmica ou pública, atribuindo a autoridade reguladora entre os Estados-Membros ao serviço do “bom funcionamento do mercado interno”. A transformação do direito internacional privado - a “mudança de paradigma” - vem, assim, mais uma vez em resposta a uma crítica externa do assunto.” (trad. livre). MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, p.464, 2013.

interno, haja vista que a diversidade nas regras de DIPr entre os Estados Membros representava um óbice ao funcionamento efetivo deste mercado, razão pela qual necessitavam ser descartadas.²⁷⁸

Cumpre também notar o fato de que, ainda que a revolução europeia do DIPr tenha se inspirado em alguma parte na revolução americana, esta ocorreu de forma diversa daquela, pois não se tratou de uma revolução teórica que partiu de dentro, a partir da doutrina de DIPr, mas sim uma revolução prática promovida por atores europeus que estavam focados em questões econômicas. Seria por este motivo considerada uma revolução “externa”.

Symeon Symeonides considera a mudança ocorrida no DIPr europeu como uma “evolução” do método, e não tanto como uma revolução, e nota a diferença em contextos evolutivos da matéria entre os Estados Unidos e a Europa:

Rather than demolishing the established system, the Europeans gradually repaired it through limited and respectful judicial corrections and/or carefully crafted and exhaustively debated legislative overhauls. Of course, one might argue that because of the predominance of legislation in many European PIL systems and the relatively less influential role of judges, these systems do not generate or tolerate judicial revolutions of the kind experienced in American conflicts law. Whether this view is accurate may be debatable, but, even if it is, it cannot explain the absence of a scholastic revolution in European PIL law. Although European scholars showed a keen and discerning interest in the American choice-of-law revolution, that interest did not translate into any serious calls for emulation.²⁷⁹

Já Ralf Michaels discorda que a mudança verificada no DIPr europeu se trata de mera evolução. Para ele, o que se observa atualmente é uma verdadeira revolução europeia, comparável em importância, radicalidade e irreversibilidade com a revolução americana.²⁸⁰

²⁷⁸ MILLS, Alex. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU Revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, p.464, 2013.

²⁷⁹ “Ao invés de demolir o sistema estabelecido, os europeus gradualmente o reavivaram através de correções judiciais limitadas e respeitadas e/ou revisões legislativas cuidadosamente elaboradas e exaustivamente debatidas. Naturalmente, poder-se-ia argumentar que, devido à predominância da legislação em muitos sistemas europeus PIL e ao papel relativamente menos influente dos juízes, esses sistemas não geram ou toleram revoluções judiciais do tipo experimentado na lei de conflitos americana. Se esta visão é precisa pode ser discutível, mas, mesmo que seja, não pode explicar a ausência de uma revolução escolar na lei europeia de PIL. Embora os estudiosos europeus demonstrassem um interesse aguçado e perspicaz na revolução da lei de escolha dos EUA, esse interesse não se traduziu em nenhum apelo sério à emulação”. (trad. livre). SYMEONIDES, Symeon C. **Tulane Law Review**, v.82, p.1749, 2007-2008.

²⁸⁰ MICHAELS, Ralf. The New European Choice-of-Law Revolution, **TUL. L. REV.** v.82. p.1607, 2008.

Na opinião de Ralf Michaels, o desenvolvimento recente do DIPr europeu vai além da federalização das regras através das Regulações da UE:

In addition, EU choice of law is being constitutionalized, in particular through the principles of mutual recognition and the country-of-origin principle, along with the influence from nondiscrimination, EU citizenship, and EU fundamental rights. Together, these developments create a methodological pluralization that leads to a bifurcation of intra-Community and external conflicts and to a conflict between two methods, one developed on the basis of classical choice of law, the other based on specific EU-law reasoning.²⁸¹

É interessante notar o debate existente na doutrina sobre a revolução do DIPr na UE. Enquanto alguns autores como Alex Mills, defendem que o DIPr europeu teria evoluído apenas para se adaptar à nova realidade comunitária, outros, como é o caso de Michaels, defendem que o DIPr europeu sofre verdadeira revolução, porém contra paradigmas diferentes daqueles enfrentados pela revolução americana.

Michaels entende que o surgimento da teoria de Savigny e a sequência de Mancini representaram uma primeira revolução nos conflitos de leis europeus, e que seria descrito por intermédio de três conceitos essenciais: “privatização, nacionalização e internacionalismo doméstico.” A privatização teria decorrido dos trabalhos de Savigny, que ao alterar o foco dos conflitos de leis dos estatutos para a relação jurídica e sua sede, não teria alterado tanto os resultados alcançados, mas a perspectiva. Savigny teria se afastado da teoria de Story, que via o “direito internacional privado como uma lei internacional para assuntos privados”, enquanto Savigny o “estabelecia como um direito privado para conexões internacionais.”²⁸² Já a nacionalização decorre da teoria de Mancini, que conforme exposto anteriormente, adotou muitos dos postulados da teoria de Savigny, mas segundo Michaels, “não a sua visão despolitizada do direito internacional privado.”²⁸³ Mancini considerava a nacionalidade como sendo o princípio mais importante dos elementos de conexão, e o seu pensamento influenciou a grande maioria dos países europeus. E finalmente, o internacionalismo doméstico, que representa a superação pelo DIPr europeu da dicotomia entre o universalismo e o particularismo. De acordo com Michaels, a visão predominante na Europa,

²⁸¹ MICHAELS, Ralf. The New European Choice-of-Law Revolution, **TUL. L. REV.** v.82. p.1607, 2008.

²⁸² Ibid., p.1613.

²⁸³ Ibid., p.1614.

combines both approaches: rules of choice of law are rules of domestic law and thus open to legislative discretion, but they are strictly different from domestic substantive law rules, and their focus is international. Accordingly, the considerations going into choice-of-law rules are not firmly connected with those of substantive law nor those of public international law, a position sometimes described as the “third school of private international law” (besides the internationalist and nationalist approaches). The most important connecting factors are nationality and territoriality; yet because choice of law does not merely enforce sovereignty interests, it is not confined to this dichotomy and instead uses further connecting factors.²⁸⁴

Ralf Michaels defende, com base nesses conceitos chave, que o paradigma Europeu se provou mais flexível do que aquele presente no 1st Restatement americano, e por conta disso teria sido capaz de integrar muitas das inovações da revolução americana, fato que teria talvez mascarado a revolução na Europa. Como explica,

Substantive interests could be accounted for through special types of choice-of-law rules protecting weaker parties or recognizing specific regulatory interests, which the American theory of vested rights did not allow. Institutions of the “general part,” which figured in the United States as “escape devices” inconsistent with the logic of the vested-rights theory, constituted the cornerstone of European choice of law. Application of the law of the common domicile to car accidents, which became crucial for the American conflicts revolution with the decision in *Babcock v. Jackson*, could be reached effortlessly through special choice-of-law rules without the need of a revolution.²⁸⁵

Diante destes fatores diversos, o DIPr europeu estaria passando por uma nova revolução no século XXI, que envolveria a “federalização, a constitucionalização e a europeização” como fatores de mudança, diante dos quais os conceitos chave do DIPr europeu não conseguem resistir. O DIPr no novo contexto europeu não seria mais privado, nacional e domestico/internacional, mas sim Europeu, regulatório e mediatizado.²⁸⁶

²⁸⁴ MICHAELS, Ralf. The New European Choice-of-Law Revolution, **TUL. L. REV.** v.82. p.1615, 2008.

²⁸⁵ Interesses substantivos poderiam ser explicados por tipos especiais de regras de conflitos de leis que protegem as partes mais fracas ou reconhecem interesses regulatórios específicos, o que a teoria americana dos direitos adquiridos não permitia. Instituições da “parte geral”, que figuravam nos Estados Unidos como “dispositivos de escape” inconsistentes com a lógica da teoria dos direitos adquiridos, constituíam a pedra angular da escolha europeia do direito. A aplicação da lei do domicílio comum a acidentes de carro, que foi crucial para a revolução dos conflitos americanos com a decisão em *Babcock v. Jackson*, poderia ser alcançada sem esforço através de regras especiais de escolha de lei sem a necessidade de uma revolução.” (trad. livre). *Ibid.*, p.1616.

²⁸⁶ “These developments constitute a genuine revolution. Europeanized choice of law can hardly be accommodated with the three pillars of classical choice of law developed in the nineteenth century. It represents a paradigm shift that is at least as fundamental as was the U.S. conflicts

A discussão doutrinária sobre a revolução europeia é importante para a hipótese da tese. Note-se que a corrente defendida por Mills e Symeonides implica uma função manifesta do DIPr de bom funcionamento do mercado interno, mas que interpreta esta função sob a perspectiva savigniana de alocação de capacidade regulatória, ainda que o objetivo da alocação seja diverso daquele pensado por Savigny.

Por outra banda, a posição defendida por Ralf Michaels implica uma função manifesta que ainda que tenha foco no bom funcionamento do bloco, o faz por intermédio de princípios de não-discriminação, cidadania europeia e Direitos Humanos, estes sim alterando fundamentalmente as bases filosóficas da disciplina.

Léna Gannagé também nota o impacto inegável dos direitos fundamentais nas bases do DIPr europeu, fomentado pelas recentes decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, que serão analisados oportunamente.²⁸⁷ Segundo esta autora, a ascensão dos direitos fundamentais e a assimilação dos interesses da pessoa concretamente considerada na Europa, teria afetado os objetivos clássicos do DIPr:

Sur le terrain des objectifs, cette évolution conduit à faire de la protection individuelle de la personne un objectif à part entière du droit international privé. Celui-ci, on le verra, ne s'articule pas toujours aisément avec les autres. À travers la pénétration des droits de l'homme au cœur des conflits de lois, il pèse, en toute hypothèse, de plus en plus sur la réglementation de la discipline. La mise en œuvre des méthodes du droit international privé s'en ressent inévitablement.²⁸⁸

Yves Lequette igualmente defende uma mudança no DIPr europeu fomentada pelos direitos fundamentais. O autor nota, no entanto, que o controle de compatibilidade das regras de conflito em si com os direitos fundamentais não seria possível, pelo fato destas regras serem indiretas e neutras, de modo que não

revolution. European choice of law is no longer private, national, and domestic/international. It is now European, regulatory, and mediatized.” MICHAELS, Ralf. The New European Choice-of-Law Revolution, **TUL. L. REV.** v.82. p.1641, 2008.

²⁸⁷ Vide *Infra* 5.2.

²⁸⁸ No campo dos objetivos, essa evolução leva a tornar a proteção individual da pessoa um verdadeiro objetivo do direito internacional privado. Este, será visto, nem sempre se articula facilmente com os outros. Através da penetração dos direitos humanos no centro do conflito de leis, ele pesa, em todas as hipóteses, cada vez mais na regulação da disciplina. A implementação dos métodos do direito internacional privado é inevitavelmente sentida. (trad. livre). GANNAGÉ, Léna. Droits fondamentaux et droit international privé de la famille: quelques remarques sur une cohabitation difficile. **Arch. Phil. Droit**, v.57, p.236, 2014.

poderiam ser objeto de controle em face dos direitos fundamentais.²⁸⁹ Nesta linha, Lequette defende que o controle de conformação com os direitos fundamentais deveria ser realizado em relação ao resultado atingido com a aplicação da lei indicada de acordo com a regra de conflito. O autor exemplifica a hipótese de um lado, com uma regra de conflito que submete os conflitos do casal à lei do domicílio do marido (e que seria assim contrária ao princípio da igualdade), mas que conduz a um resultado que respeita perfeitamente esta igualdade. De outro, uma regra de conexão que determina a aplicação da lei do domicílio comum do casal (e portanto, conforme o princípio da igualdade), que por outro lado conduz a um resultado desigual para as partes. Assim defende que apenas as regras materiais (ou resultados materiais) poderiam ser confrontados com os requisitos dos direitos fundamentais.²⁹⁰

A despeito de posições doutrinárias divergentes, é possível identificar a revolução europeia do DIPr e a mudança de paradigma da disciplina no continente, em relação ao que propunha a teoria clássica através em especial de Savigny e Mancini.

Esta mudança paradigmática também é responsável pela definição de uma nova função manifesta do DIPr na Comunidade Europeia, como um direito voltado ao bom funcionamento do mercado interno, mas que aloca competências legislativas entre os Estados Membros desde uma posição central e que considera as políticas públicas e objetivos da UE²⁹¹, em especial a consideração da pessoa na sua concretude e o respeito aos direitos fundamentais na resolução dos conflitos de leis, em busca de resultados mais humanos e que possibilitem que os cidadãos vivam de acordo com aquilo que valorizam.²⁹²

²⁸⁹ “De ce caractère purement instrumental des règles de conflit de lois, on a longtemps déduit que leur compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux ne pouvait faire l’objet d’aucun contrôle.” LEQUETTE, Yves. **Le droit international privé et les droits fondamentaux**. Paris, 2010. p.125.

²⁹⁰ “De surcroît, procéder à un tel contrôle, alors que le choix de la loi applicable s’opère sans avoir égard aux considérations matérielles, pourrait conduire à des résultats absurdes. C’est ainsi que la règle de conflit soumettant les rapports familiaux à la loi nationale du mari – rattachement contraire au principe d’égalité des époux – peut conduire à la désignation d’une loi respectant parfaitement cette égalité. À l’inverse, une règle de conflit soumettant ces mêmes rapports à la loi du domicile commun des époux – rattachement conforme au principe d’égalité – peut entraîner l’application d’une loi qui méconnaît cette même égalité. Seules donc les règles matérielles pourraient être confrontées aux exigences posées par les droits fondamentaux.” Ibid., p.125-126.

²⁹¹ MICHAELS, Ralf. The New European Choice-of-Law Revolution, **TUL. L. REV.** v.82. p.1642, 2008.

²⁹² “Ces droits étant définis en considération de l’homme en soi, abstraction faite des particularités que lui imprime chaque société nationale, leur prise en compte ne peut sembler-il qu’aider à percer les écrans que les États opposent au développement des relations privées internationales.” LEQUETTE, Yves. **Le droit international privé et les droits fondamentaux**. Paris: Dalloz, 2010. p.117.

3 OS MOVIMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Além das revoluções geograficamente localizadas que contribuíram para a mudança de paradigma do DIPr, os movimentos de uniformização do DIPr também têm papel essencial na caracterização atual da disciplina e de sua função.

Bernard Audit, em 1998, considerou a internacionalização das fontes do DIPr como sendo incontestavelmente o fenômeno mais marcante do DIPr ao final do século XX na Europa.²⁹³

A harmonização de regras materiais internacionais e regras de conflito universais sempre estiveram no horizonte do DIPr, e se apresentam como uma das principais “soluções” para os problemas postos pelos conflitos de leis. No entanto, é também uma das soluções mais difíceis de serem atingidas, graças às diferenças culturais sociais e políticas dos diversos países que integram a comunidade internacional.

Não obstante, alguns esforços de harmonização e uniformização tiveram grande aceitação entre os países e contribuíram para uma maior previsibilidade e segurança nas relações jurídicas multiconectadas. Alguns destes instrumentos foram criados dentro do âmbito de blocos de integração regional, enquanto outros foram direcionados à comunidade internacional como um todo.

Dentre os instrumentos internacionais de harmonização/uniformização de regras relativas ao DIPr, podem-se citar especialmente as Conferências da Haia (HCCH) que se produziram sobre diversos assuntos; a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (CISG).

Já no que toca a harmonização regional, pode-se citar as Regulações da EU (Roma I, II e III e Bruxelas), os tratados do Mercosul como o Protocolo de Olivos, Protocolo de Ouro Preto, as CIDIPs no âmbito da OEA, entre outros.

As Conferências da Haia são os principais instrumentos internacionais de uniformização e harmonização do DIPr. O seu nascimento teria se inspirado nos trabalhos de Mancini, e de sua ideia de reconhecimento mútuo das leis nacionais

²⁹³ AUDIT, Bernard. Le droit international prive a fin du XX Siècle: progres ou recul. **Revue internationale de droit comparé**, n.50-2, p.421, 1998.

como consequência natural do direito das nações.²⁹⁴ A Conferencia se reuniu pela primeira vez em 1893, na Holanda, graças à pressão de Asser, que convenceu o governo holandês sobre a realização do evento.²⁹⁵ Pouco antes do início da Primeira Guerra Mundial, entretanto, alguns países começaram a denunciar os tratados, e durante a Segunda Guerra a Conferencia caiu em descrédito quando a Convenção da Haia sobre Casamentos passou a ser aplicada pelas cortes para executar leis alemãs fundadas em antissemitismo.²⁹⁶

A Conferência se reestabeleceu depois do período de guerras, sendo fundada novamente como uma entidade intergovernamental independente, com um mandato voltado ao “trabalho para a progressiva unificação do direito internacional privado”.²⁹⁷ Dentro desta proposta, a HCCH pretendia uma aproximação entre os sistemas da civil law e da common law que possibilitasse a adoção de regras uniformes que atendessem às expectativas de ambos.²⁹⁸

A partir dos anos 60 do século XX, a HCCH produz uma série de tratados multilaterais (instrumentos de direito internacional público) que são negociados e aderidos pelos países e que tratam de diversas matérias transfronteiriças, entre elas questões de adoção internacional, sequestro de menores, alimentos, acesso à justiça, eleição de foro, produção de provas, citação internacional, validade de documentos, testamentos, escolha de lei em contratos, entre outros.

A Conferência acontece periodicamente para discussão dos principais assuntos e os países membros da HCCH participam das deliberações através de delegados. No entanto, para os fins desta tese, o foco será nas inovações fundamentais produzidas pela HCCH que impactaram o desenvolvimento do DIPr.

A primeira mudança fundamental introduzida pela Conferencia foi a noção de residência habitual. Esta ideia tenta conciliar as dificuldades enfrentadas pelo critério da nacionalidade de um lado e do domicílio de outro e trazer maior flexibilidade para a análise. Como explica Hans Van Loon, secretário-geral da HCCH,

²⁹⁴ VAN LOON, Hans. The global horizon of private international law. **Recueil des Cours**, p.27, 2016.

²⁹⁵ Ibid., p.28.

²⁹⁶ VAN LOON, loc. cit.

²⁹⁷ Ibid. p.29.

²⁹⁸ VAN LOON, loc. cit.

As we saw, nationality, the chief connecting factor of the first generation of Hague Conventions, soon lost its shine under the influence of perverted nationalism, and, in any event, never appealed to common law States. On the other hand, the rigid and in some respects artificial use of domicile in the common law tradition was not acceptable to civil law countries. The (more) factual notion of habitual residence as a primary connecting factor, both to determine the law to be applied and the jurisdiction of courts and other authorities in international cases, could accommodate both systems, and had the additional advantage of some flexibility.²⁹⁹

A residência habitual foi introduzida pela primeira vez nas convenções de 1956 e 1958 sobre a prestação de alimentos, e desde então vem sendo adotada com frequência por outras convenções e cortes como regra de conexão.³⁰⁰

Outro ponto crucial para a tese aqui desenvolvida trazido pela Conferencia da Haia reside na preocupação com os resultados substantivos. Hans Van Loon explica que uma abordagem multilateral que se baseia em respeito mútuo pela diversidade legal, ao contrario da abordagem unilateral que favorece a lei do foro, não exclui a busca por regras que objetivam atingir determinados resultados substantivos.³⁰¹

Um terceiro impacto que pode ser atribuído à HCCH está na admissão da autonomia da vontade das partes como regra de conflito. A Conferencia da Haia de 1955 sobre Venda internacional de Mercadorias foi o primeiro instrumento internacional a prever que os contratos de compra e venda de mercadorias seriam regidos pela lei escolhida pelas partes. Esta Conferencia teria sido a base para outros instrumentos importantes na área dos contratos, tais como a Regulação de Roma I, a Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável Aos Contratos Internacionais e os Princípios da Haia sobre Escolha de Leis em Contratos Comerciais de 2015.³⁰²

A introdução de uma exceção de ordem pública restrita foi a quarta mudança fundamental promovida pela HCCH tal como apontado por Van Loon. A questão da exceção de Ordem Pública, que será trabalhada com mais detalhes no capítulo 6 abaixo, é de extrema importância para a hipótese defendida na presente tese, e a HCCH deu um passo importante ao definir na sua Conferencia de 1956 sobre prestação de alimentos a menores, que as provisões do tratado somente

²⁹⁹ VAN LOON, Hans. The global horizon of private international law. **Recueil des Cours**, p.31, 2016.

³⁰⁰ VAN LOON, loc. cit.

³⁰¹ Ibid., p.32.

³⁰² Ibid., p.33.

poderiam ser afastadas se, na situação fática específica, fossem manifestamente contrárias à Ordem Pública do foro.³⁰³ Ainda que a proposta da tese seja ainda mais incisiva, restringindo a exceção de ordem pública às violações de direitos fundamentais, como se verá, a contribuição da HCCH para a matéria é inegável.

Finalmente, atribui-se também aos trabalhos da HCCH o estabelecimento de canais administrativos e de cooperação judiciária, que visou facilitar a transferência de informações, documentos, ordens, produção de provas, citação internacional, entre outras, que são fundamentais para o bom funcionamento e administração da justiça em âmbito internacional.

Cumprе ressaltar, por hora, que os movimentos de uniformização e harmonização do DIPr, ainda que não atinjam resultados absolutos entre os países, são essenciais para a introdução de novos conceitos e ferramentas que contribuem com uma mudança paradigmática da matéria, em vistas a um DIPr que contribua para o desenvolvimento humano e das relações sociais.

³⁰³ “As we saw, the first generation of Hague Conventions naively lacked a safety-valve permitting refusal of the application of the designated foreign law or of the recognition and enforcement of a foreign decision in the case of a conflict with fundamental notions of the forum. In reaction thereto, the first Hague Conventions negotiated in the 1950s made it possible to discard their provisions simply “pour un motif d’ordre public” 39. But this might lead judges to not respect the international character of the foreign law or decision, and to reject their application or recognition even if they conflicted with forum provisions meant to be mandatory only in purely internal situations. To avoid this, a clause was introduced, first in the 1956 Hague Child Support Convention, providing that treaty provisions may only be set aside if their application, in the given situation, would be manifestly contrary to the public policy of the forum”. VAN LOON, Hans. The global horizon of private international law. **Recueil des Cours**, p.34, 2016.

PARTE 2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EM FUNÇÃO DA LIBERDADE

A segunda parte da tese busca demonstrar a aplicação da hipótese para responder o problema da pesquisa. Como visto ao longo da parte 1, a teoria do DIPr sofreu, em especial no decorrer do século XX, uma mudança paradigmática impulsionada por uma série de fatores sociais, econômicos, tecnológicos e históricos, que deram novos contornos à disciplina.

A hipótese inicial da tese reside na ideia de que o DIPr, como ramo do direito, tem uma função a cumprir dentro da sociedade global, que vai além das funções identificadas na sua teoria clássica, de divisão de capacidade regulatória dos estados ou de confirmação de direitos adquiridos. Propugna-se que o DIPr do século XXI tem um compromisso com o Desenvolvimento Humano, e, neste viés, teria papel essencial para efetivar tal desenvolvimento por intermédio da aplicação extraterritorial de leis (sejam elas produzidas por outros estados ou não) que permitam o exercício da liberdade nas suas diferentes dimensões.

Nesta segunda parte, portanto, serão desenvolvidas as ideias do Desenvolvimento Humano como função manifesta do DIPr, e de que forma o incremento das liberdades – sustentado pela teoria de Amartya Sen – por meio da resolução do conflito de leis em relações privadas internacionais, contribuirá para a realização desta função e dará novos contornos à matéria.

CAPÍTULO 4 O DESENVOLVIMENTO HUMANO COMO FUNÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Demonstrado o estado da arte das principais teorias do DIPr em relação à sua função, dentro do conteúdo e objeto delimitados pelo problema da pesquisa, o capítulo 4 pretende plantar as bases sobre as quais a tese será erigida.

Para tanto, inicia trabalhando a ideia do Direito Humano ao desenvolvimento, tendo por base a tese defendida por Melina Fachin, de que o direito ao desenvolvimento seria um Direito Humano verdadeiramente internacional ou transnacional, na medida que deve ser buscado por todas as nações. Esta ideia nasce em resposta ao discurso de que os Direitos Humanos imporiam ideais ocidentais a todo o mundo e por esta razão teriam sido recepcionados de formas diferentes pelos diversos países. Não obstante, como defende Melina, o direito humano ao desenvolvimento supera esta crítica e este discurso, para ser elevado a categoria de direito humano fundamental a todos.

Sendo o direito ao Desenvolvimento Humano um direito humano fundamental, a ciência do Direito deve se preocupar em possibilitar esse desenvolvimento como propósito básico ou função manifesta de todas as legislações.

A partir desta perspectiva, analisar-se-á a funcionalização do direito civil contemporâneo desde uma perspectiva interna/doméstica, com vistas a aclarar de que forma uma funcionalização pelo desenvolvimento e liberdade operam internacional e internamente.

1 O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO

De acordo com Antônio Augusto Cançado Trindade, é visível no pensamento jurídico da segunda metade do século XX a distinção entre a ideia do direito internacional do desenvolvimento e o direito ao desenvolvimento. O primeiro, teria surgido como um dos objetivos de um direito internacional que tem como sujeitos da sua regulação estados “juridicamente iguais, mas economicamente desiguais”. Já o segundo se voltava para a perspectiva dos indivíduos e dos povos, e pretende o aumento, e não a restrição de direitos fundamentais pré-existentes.³⁰⁴

Em brilhante tese defendida em 2013, Melina Girardi Fachin explorou os Direitos Humanos a partir do seu descumprimento das promessas contemporâneas, diante da universalização parcial que teria afastado esses direitos de sua enunciação original. A hipótese lançada pela tese era de que “O direito ao desenvolvimento, entrevisto em (re)contextualizada base a partir do *human rights* approach, emerge como possibilidade jurídica de haurir tais direitos em sua concepção integral, universalizando-se condições materiais mínimas de vida digna.”³⁰⁵

A proposição se apresenta como resposta à crítica da eficácia dos Direitos Humanos, e à constatação de que em grande parte do mundo, a população não é sujeito, mas objeto, dos discursos de Direitos Humanos. Como coloca a questão Boaventura de Sousa Santos, “[T]he question is, then, whether human rights are efficacious in helping the struggles of the excluded, the exploited, and the discriminated against, or whether, on the contrary, they make them more difficult.”³⁰⁶

³⁰⁴ “From the international legal thinking of the second half of the XXth century a distinction emanates between the international law of development and the right to development. The former, with its various components, emerged as an objective international normative system regulating the relations among juridically equal but economically unequal States and aimed at the transformation of those relations on the basis of international cooperation (U.N. Charter, Articles 55-56) and considerations of equity, so as to redress imbalances among States and to give them all – particularly the developing countries – equal opportunities to attain development. [...] Distinctly, the right to development, as proclaimed in the 1986 U. N. Declaration on the Right to Development, addressed the matter from the perspective of human beings and peoples. [...] The recognition of the right to development as a human right by the U.N. Declaration can only come to reinforce other previously formulated human rights.” CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. International law for humankind: towards a new jus gentium. **Recueil des Cours**, v.316, 2005.

³⁰⁵ FACHIN, Melina G. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. Tese de Doutorado PUC-SP. p.13. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6099/1/Melina%20Girardi%20Fachin.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

³⁰⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura. Human rights: a fragile hegemony. In: CRÉPEAU, François; SHEPPARD, Collen (Eds.). **Human rights and diverse societies**: challenges and possibilities. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013. p.17.

A afirmação contemporânea de direitos humanos é centrada na dicotomia universalidade e integralidade advinda da normatividade da Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Contudo, conforme Melina Fachin expõe, a promessa de integralidade foi arrostada pela adoção de um discurso jurídico ambivalente em relação às diferentes categorias de direito, enquanto o discurso da universalidade tornou-se parcial porque é ligado aos direitos civis e políticos, relegando a segundo planos os direitos socioeconômicos e culturais.³⁰⁷

O resultado dessa concepção dicotomizada de direitos é a “ausência de universalização do suprimento das necessidades mínimas de proteção dos indivíduos”.³⁰⁸ Em outras palavras, os direitos humanos deixam de ser interdependentes e universais para a maior parte da população.

Boaventura de Sousa Santos sustenta que esta dicotomia se deve à uma “genealogia dupla” das leis e direitos na modernidade ocidental, que se baseou em uma divisão “abissal” entre o pensamento das sociedades nas metrópoles em oposição às colônias, que serviu para perpetuar realidades e práticas de dominação que utilizavam o discurso dos Direitos Humanos para garantir sua hegemonia:

The division was such that the realities and practices existing on the other side of the line, i.e. in the colonies, could not possibly challenge the universality of the theories and practices in force on this side of the line. As such, they were made invisible. As a discourse of emancipation, human rights were historically meant to prevail only on this side of the abyssal line, i.e. in the metropolitan societies.³⁰⁹

A crítica de Sousa Santos é pertinente e central em relação ao discurso dos Direitos Humanos e sua universalização, e é inegável que em um certo grau, esse discurso é utilizado para possibilitar ações que em realidade se traduzem em opressão e dominação sob as vestes de emancipação e liberdade.³¹⁰

³⁰⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. 2013. 485f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p.131. Disponível em: <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/6099/1/Melina%20Girardi%20Fachin.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2017.

³⁰⁸ FACHIN, loc. cit.

³⁰⁹ “A divisão era tal que as realidades e práticas existentes do outro lado da linha, ou seja, nas colônias, não poderiam desafiar a universalidade das teorias e práticas vigentes neste lado da linha. Como tal, eles ficaram invisíveis. Como um discurso de emancipação, os direitos humanos foram historicamente destinados a prevalecer apenas deste lado da linha abissal, ou seja, nas sociedades metropolitanas.” (trad. livre). SOUSA SANTOS, Boaventura. Human rights: a fragile hegemony. In: CRÉPEAU, François; SHEPPARD, Collen (Eds.). **Human rights and diverse societies**: challenges and possibilities. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013. p.18.

³¹⁰ “The historical victory of human rights made possible that the same actions which, according to other conceptions of human dignity, would be considered actions of oppression and domination, were reconfigured as actions of emancipation and liberation if carried out in the name of human rights.” Ibid., p.19.

É, portanto, do intuito de conciliar a liberdade individual e emancipatória com a dicotomia dos direitos humanos, que surge o direito ao desenvolvimento e liberdade, que será tratado nesse capítulo.

O direito humano ao desenvolvimento alia direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais lado a lado em grau de paridade com a pretensão de realização das potencialidades humanas e efetivação de liberdades substanciais. É a presença mínima desse “substrato socioeconômico mínimo” que garante cidadania aos indivíduos.³¹¹

Diferente dos direitos socioeconômicos, culturais e civis que perdem sua força emancipatória quando não há de fato vivência pública, os direitos humanos poder propiciar emancipação social e retomada do estatuto da cidadania para indivíduos e para a coletividade, de modo a torná-los responsáveis pelo seu destino e decisões. Pautar-se no direito humano ao desenvolvimento é uma alternativa para suplantar o sistema de exclusões – que priva de voz os indivíduos do ponto de vista econômico e político – tendo em vista que tal categoria de direitos possibilita a distribuição de “bem-estar social e econômico mundial”³¹², capaz de devolver voz a classe excluída.

No mesmo sentido, Bernardo Campinho afirma:

[...] o direito ao desenvolvimento aparece relacionado, no plano nacional e na esfera internacional, ao conjunto de políticas e direitos a ela conexos voltados para enfrentar as desigualdades materiais, promovendo o desenvolvimento econômico e social de uma população, garantindo direitos sociais e econômicos, individuais e coletivos, por meio de uma lógica de redistribuição da riqueza e de geração de bem-estar individual e social.³¹³

Advindo do citado bem-estar individual e social emerge a necessidade de exaltar um direito ao desenvolvimento que possibilita voz ativa aos indivíduos a partir da garantia de suas próprias liberdades substanciais, ao invés de exaltar

³¹¹ FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. 2013. 485f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p.132. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6099/1/Melina%20Girardi%20Fachin.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2017.

³¹² BEDJAUI, Mohammed. The right to development. In: ____ (Org.). **International law**: achievements and prospects. Paris/Dordrecht: Unesco and Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p.1196.

³¹³ CAMPINHO, Bernardo Brasil. O direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos – delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Regina Prado. **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.157.

particularidades culturais e locais. Segundo Mohammed Bedjaoui, “there is no universality of human rights without the development of all human beings. The development of individuals and peoples [...] is the fundamental precondition for the effective realization of such universality”.³¹⁴ Nesse sentido, conclui Melina Fachin que é necessário “universalizar para emancipar”.³¹⁵

“O termo ‘desenvolvimento’ é um conceito antigo, mas que assumiu novo significado no contexto internacional. Antes entendido como puramente econômico, ganha hoje outras conotações, pressupondo uma aproximação integrada (econômica e social) e uma ação global”.³¹⁶ Observa Claudia Perrone-Moisés que até os anos 60, os termos “desenvolvimento” e “crescimento econômico” eram utilizados como sinônimos, pois apenas em 1961 foi instituído o 1º Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (1961-1970 – Resoluções 1710 e 1715 [XVI]), voltado para a aceleração do progresso no sentido do crescimento autossustentado das nações. A contribuição importante desse programa foi a constatação de que o problema do subdesenvolvimento adquiria caráter global, e que, portanto, deveria ser solucionado por meio da solidariedade internacional.³¹⁷ Ahmed Mahiou nota que o objetivo do programa foi alcançado quando as Nações Unidas uniram vozes para desenvolver uma ordem econômica internacional.³¹⁸

³¹⁴ BEDJAOUI, Mohammed. The Right to development. In: _____ (Org.). **International law: achievements and prospects**. Paris/Dordrecht: Unesco e Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p.1199.

³¹⁵ FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. 2013. 485f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p.134. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6099/1/Melina%20Girardi%20Fachin.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2017.

³¹⁶ PERRONE-MOISÉS, Claudia. Direito humanos e desenvolvimento: a contribuição das Nações Unidas. In: AMARAL JR., Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Claudia. **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp/Fapesp, 1999. p.181.

³¹⁷ Ibid., p.180.

³¹⁸ “Whereas economic issues occupy a modest place in the United Nations Charter, the emergence of new States in connection with the great decolonization movement of the 1960s served to reorient the action of the UN system more specifically towards these problems, which thus became a new priority (New States and International Law). It was the General Assembly which played a decisive role by adopting a large number of resolutions termed ‘declaration’, ‘programme of action’, ‘strategy’ or ‘charter’, concerning the assistance that the international community should provide to the new States to encourage their development. Under pressure from the developing countries, organized within the framework of the Group of 77 (G77), it thus elaborated a full-fledged strategy for development, which, little by little and not without hesitation, eventually won over the entire system, notably the specialized agencies. The high point of this action was reached in the 1970s when the UN joined its voice to calls by the developing countries in favor of a new international economic order.” MAHIOU, Ahmed. Development, international law of. In: WOLFRUM, Rudiger. **Max Plank Encyclopedia of Public International Law**. New York: Oxford University Press, 2012. v.3, p.78.

Durante a Guerra Fria, o grau de desenvolvimento de um país era medido pelo nível de industrialização e desenvolvimento econômico.³¹⁹ Contudo, o desenvolvimento não pode ser reduzido ao crescimento econômico. De fato, o crescimento é indispensável ao desenvolvimento se implementado de modo a minimizar impactos ambientais e promover objetivos socialmente desejáveis, vez que, conforme nota Ignacy Sachs, “é mais fácil operar nos acréscimos do PNB que distribuir bens e rendas numa economia estagnada”³²⁰

Em crítica a essa ideia, Amartya Sen defende que o direito ao desenvolvimento, em sua visão adequada, “deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Interno Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda.”³²¹

Amartya Sen é uma das vozes que influenciaram o cenário internacional a uma mudança de perspectiva: o rompimento da lógica economicista por detrás do desenvolvimento. Conforme retrata David Trubek, a retórica do desenvolvimento enfatizava o crescimento em detrimento de outros objetivos como liberdade e democracia, pois acreditava-se que essas se resolveriam naturalmente com o crescimento econômico.³²²

É na tentativa de conciliar direitos humanos e desenvolvimento que, em 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento enfatiza os direitos humanos. Elizabeth Salmón descreve o movimento (que se passa do *state approach* ao *human rights approach*) como a ideia de uma nova ordem econômica

³¹⁹ “Development was understood during the Cold War as a process leading to industrialization and economic growth, following the ‘model’ of the industrialized nations in the West. A country was labeled as ‘developed’ or ‘non-developed’ exclusively by means of economic indicators, such as gross national product (GNP) *per capita*.” NOWAK, Manfred. The three pillars of the united nations: security, development and human rights. In: SALOMON, Margot E.; TOSTENSEN, Arne; VANDENHOLE, Wouter (Eds.). **Casting the net wider: human rights, development and new duty-bearers**. Antwerp-Oxford: Intersentia, 2007. p.27.

³²⁰ SACHS, Ignacy. Repensando o crescimento econômico e o progresso social: o âmbito da política. In: ABRAMOVAY, Ricardo; ARBIX, Glauco; ZIBOVICIUS, Mauro. **Razões e ficções do desenvolvimento**. São Paulo: Edusp, 2001. p.157-158.

³²¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000, p.28.

³²² “Embora a retórica do desenvolvimento enfatizasse que o objetivo último não era apenas o crescimento, mas a liberdade e a democracia, os projetos tinham por foco o crescimento. As políticas de desenvolvimento enfatizavam as questões econômicas, não porque os planejadores não se interessassem pela democracia política ou pelo desenvolvimento social, mas porque aqueles que se preocupavam com essas questões achavam que elas se resolveriam naturalmente com o crescimento econômico.” TRUBEK, David. M. O “império do direito”: na ajuda ao desenvolvimento passado, presente e futuro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro – textos selecionados de David M. Trubek**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.187.

mais justa e humana, na qual o direito ao desenvolvimento é inalienável para todos os seres humanos. Segundo a autora, todos os povos deveriam “participar, contribuir e usufruir do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, no qual fossem cumpridos plenamente todos os direitos humanos.”³²³

As primeiras manifestações jurídicas sobre o Direito ao Desenvolvimento começam a surgir principalmente com a adoção da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, e embora não apareça referência expressa ao direito ao desenvolvimento na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os artigos 22,³²⁴ 26,³²⁵ e 29,³²⁶ tratam sobre o desenvolvimento da personalidade.

O artigo 22 estabelece que toda pessoa tem direito à segurança social e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional.

O artigo 26, por sua vez, trata do direito à educação com intuito de expandir a personalidade humana e reforçar os direitos do homem e liberdades fundamentais.

O artigo 29, em contrapartida, prevê que os indivíduos possuem deveres para com a comunidade,³²⁷ fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento de

³²³ SALMÓN, Elizabeth. O longo caminho da luta contra a pobreza e seu alentador encontro com os direitos humanos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v.4, n.7, p.153, 2007.

³²⁴ Article 22. “Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality.” Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: jan. 2018.

³²⁵ Article 26. “(1) Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit. (2) Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace. (3) Parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children.” Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: jan. 2018.

³²⁶ Article 29. “(1) Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible. (2) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society. (3) These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations.” Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: jan. 2018.

³²⁷ Humberto Maturana Romesin comenta: “Este inciso, por lo tanto, debería leerse como um compromisso de la comunidad a crear las condiciones que permitan a sus miembros se desenvolverse como seres íntegros em su convivencia com los otros miembros de la comunidad. Más aún, como uma comunidade existe sólo a través de la conducta de sus miembros, este inciso comprometería a todos los miembros de la comunidad que lo acepta a participar de manera

sua personalidade, e enaltece o reconhecimento e respeito do direito e liberdades dos outros, a moral, a ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática.

Ainda que sem determinação própria do direito humano ao desenvolvimento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi pioneira ao estabelecer sentido interconectado entre o desenvolvimento e os direitos humanos. Na sequência, diversas resoluções, declarações e cartas adotaram e contribuíram para a consolidação dos referidos direitos. A Carta Internacional de Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217 A (III) pelas Nações Unidas em 1948 foi responsável por juridicizar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecendo a autodeterminação dos povos, e o livre desenvolvimento econômico, social e cultural.

Em 1957, em sua 12.^a Sessão Ordinária, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução n.º 1.161, a qual estabeleceu que o desenvolvimento social e econômico realizado de forma integrada e balanceada contribui com a paz, segurança, progresso e bem-estar social, bem como respeita os direitos humanos e as liberdades fundamentais.³²⁸

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em 1966, reconheceu o direito ao desenvolvimento através do desenvolvimento coletivo e comunitário, e de outro lado, como direito de titularidade individual. O referido pacto empregou a expressão “livre desenvolvimento da personalidade”, no caput do artigo 13, fortalecendo as liberdades fundamentais.³²⁹

Poucos anos passaram e em 1969, através da Resolução n.º 2542, a Assembleia Geral da ONU adotou a Declaração sobre Progresso Social e

activa em la creación de las condiciones de convivencia que llevan al desenvolvimiento integral de todos ellos.” (ROMESIN, Humberto Maturana. Artigo 29. In: CASTRO, Reginaldo Oscar (Coord.). **Direitos humanos**: conquistas e desafios. Brasília: Letrativa, 1999, p.403.

³²⁸ “[...] a balanced an integrated economic and social development would contribute towards the promotion and maintenance of peace and security, social progress and better standards of living, and the observance of and respect for human rights and fundamental freedoms.” Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0119/44/IMG/NR011944.pdf?OpenElement>>. Acesso em: jan. 2018.

³²⁹ Article 13. “1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education. They agree that education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms. They further agree that education shall enable all persons to participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.” Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso em: jan. 2018.

Desenvolvimento, buscando a promoção de uma ordem social justa, fixando em seu artigo 2 a eliminação de todas as formas de desigualdade e integralidade dos direitos como condições para realização do progresso social.

A Declaração estabelece que a responsabilidade primária do desenvolvimento é dos próprios Estados, enquanto a ordem internacional é responsável por ajudar os países em desenvolvimento eliminando os obstáculos ao progresso social.³³⁰

Antônio Cançado Trindade nota que a relação entre o desenvolvimento humano e os direitos humanos é central na preocupação do Direito Internacional, e que a construção do direito do desenvolvimento dentro das relações interestatais contribuiu para a formulação de um direito ao desenvolvimento como direito humano. Para ele, a construção conceitual do direito ao desenvolvimento como direito humano teve sucesso na introdução de considerações éticas de conduta e avaliação da prática contemporânea do Direito Internacional.³³¹ Como aponta,

The international agenda of this beginning of the XXIst century has, with the cristalization of the right to development as a human right, continued to expand considerably, besides rescuing the central position of human beings in the universe of the law of nations, pursuant to a necessarily anthropocentric outlook, which points towards the emergence of the new *jus gentium*, the International Law for humankind.³³²

Cançado Trindade igualmente defende que nos dias atuais, existe uma preocupação legítima da comunidade internacional com as condições de vida das pessoas, e que o Direito Internacional não pode ficar alheio a esta mudança. Nesta esteira, comenta a mudança axiológica no Direito Internacional como fruto da ascensão dos direitos humanos, apontando a passagem do *state approach* para o

³³⁰ Nesse sentido, os artigos 8 e 9 da Declaração. Article 8. “Each Government has the primary role and ultimate responsibility of ensuring the social progress and well-being of its people, of planning social development measures as part of comprehensive development plans, of encouraging and co-ordinating or integrating all national efforts towards this end and of introducing necessary changes in the social structure. In planning social development measures, the diversity of the needs of developing and developed areas, and of urban and rural areas, within each country, shall be taken into due account.” Article 9. “Social progress and development are the common concerns of the international community, which shall supplement, by concerted international action, national efforts to raise the living standards of peoples. Social progress and economic growth require recognition of the common interest of all nations in the exploration, conservation, use and exploitation, exclusively for peaceful purposes and in the interests of all mankind, of those areas of the environment such as outer space and the sea-bed and ocean floor and the subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction, in accordance with the purposes and principles of the Charter of the United Nations.”

³³¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. International law for humankind: towards a new *jus gentium*. **Recueil des Cours**, p.364-365, 2013.

³³² Ibid., p.365.

human rights approach a partir do direito de petição individual nas cortes internacionais em face dos Estados, que teria sido responsável por recolocar o ser humano em uma posição central dentro do Direito Internacional.³³³

Nota-se portanto, a partir das lições dos autores citados, que o direito ao desenvolvimento humano passa a integrar na atualidade o conjunto de direitos que devem ter proteção universal pela comunidade internacional.

Entretanto, mais do que isso, o direito ao desenvolvimento como direito humano pode igualmente funcionar como uma concepção “contra hegemônica” dos direitos humanos, em linha com o que defende Boaventura de Sousa Santos,³³⁴ ao servir de filtro como direito humano universal que seria capaz de subverter a aplicação do discurso em favor da realização individual, e não como perpetuador de estruturas de dominação.

É justamente neste sentido, que se propõe aqui que o direito humano ao desenvolvimento teria o poder de funcionar como filtro ou contextualização, capaz de orientar inclusive as diferentes concepções de dignidade humana que se verificam nos diferentes países, em especial aqueles que se afastam da cultura ocidental, sendo assim essencial para a formulação hipotética ora proposta.

Por fim, cumpre ressaltar o impacto do direito ao desenvolvimento como direito humano na teoria do DIPr. Neste sentido, advoga-se na presente tese que o filtro do direito humano ao desenvolvimento, serviria como etapa metodológica que poderia levar à superação das regras clássicas de conflito, quando estas representarem obstáculos ao desenvolvimento humano. Entretanto, ressalte-se que tal filtro em relação à regra de conflito somente poderá ser verificado diante do resultado concreto atingido com a aplicação da lei apontada por uma dada regra conflitual, pelo que aqui se apresenta a crítica às teorias de DIPr que pretendem a realização de justiça meramente formal, no sentido de aplicação de regras

³³³ “It is of the essence itself of the international protection of human rights the contraposition between individual complainants and respondent States in cases of alleged violations of the protected rights. It was precisely in this context of protection that the historical rescue took place of the position of the human being as subject of the International Law of Human Rights, endowed with full international procedural capacity.” CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium*. **Recueil des Cours**, p.247, 2013.

³³⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura. Human rights: a fragile hegemony. In: CRÉPEAU, François; SHEPPARD, Collen (Eds.). **Human rights and diverse societies: challenges and possibilities**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013. p.23.

previsíveis e conhecidas de antemão pelos seus destinatários. É inegável que a “justiça conflitual” defendida pela teoria clássica do DIPr pode levar a resultados materialmente injustos e que representam obstáculos ao desenvolvimento, e que seriam assim contrárias às concepções do Direito Internacional do século XXI, humanizado e focado na pessoa concretamente considerada. Assim, o viés consequencialista do método seria necessário, como se demonstrará oportunamente.

2 O DIÁLOGO DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CONSTITUIÇÕES E OS DIREITOS HUMANOS

Não só o Direito Humano ao Desenvolvimento impacta a teoria do DIPr e integra a hipótese lançada a teste. Os Direitos Fundamentais, entendidos como Direitos Humanos dentro de uma perspectiva interna, também afetam diretamente o Direito Privado contemporâneo de muitos países, fruto da constitucionalização experimentada desde a segunda metade do século XX, e consequentemente refletem também nas relações privadas internacionais.

Como se viu no capítulo 3 supra, os direitos fundamentais já são reconhecidos por parte da doutrina europeia como fatores de mudança do DIPr.³³⁵ Dentro da revolução do direito internacional privado europeu, a preocupação com os resultados substantivos dos conflitos de leis e a sua conformação com direitos fundamentalmente protegidos pelas constituições representam peça chave na proposta do novo DIPr.³³⁶

Assim, cumpre neste momento trabalhar o diálogo entre o Direito Privado contemporâneo e os Direitos Fundamentais desde uma perspectiva interna, para demonstrar de que modo essa virada copernicana experimentada pelo Direito Privado no contexto doméstico deve impactar as regras de conflito dentro do método de DIPr.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Privado teria se iniciado na Europa, no período do segundo pós-guerra, como consequência da “introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada.”³³⁷

³³⁵ “Et l’on reconnaîtra qu’une fois acquise son autonomie et débarrassé d’une quête d’identité, le droit international privé se plie, comme d’autres branches du droit, à la nécessité d’une ouverture au regard des droits fondamentaux.” Hans van Loon DUTOIT, Bernard. Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l’enfant: le choc qui fait chic? in: **A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013, p.144.

³³⁶ “les difficultés de coexistence des conflits de lois et des droits de l’homme semblent moins venir de la promotion des droits de la personne sur la scène internationale, que de la crise profonde que connaît le concept de droit fondamental dont les frontières, en droit international privé, plus qu’ailleurs, méritent d’être repensées.” GANNAGÉ, Léna. Droits fondamentaux et droit international privé de la famille: quelques remarques sur une cohabitation difficile. **Arch. Phil. Droit**, v.57, p.247, 2014.

³³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.7.

A adoção destes princípios e normas pelas constituições teria afetado fundamentalmente os códigos civis, na medida que deles retirou o papel antes exercido de Constituição do direito privado.³³⁸

Ressalte-se que nas constituições anteriores ao período do pós-guerra, iniciando-se com a Magna Carta de 1215, que os barões ingleses forçaram o rei João Sem-Terra a assinar, e a exemplo também da Constituição dos Estados Unidos, as proteções e garantias dirigidas aos particulares se operavam apenas contra a coroa ou contra o Estado.³³⁹ As relações entre os particulares não gozavam das mesmas proteções, de modo então que o Código Civil, quando de seu advento por Napoleão, exercia o papel de Constituição entre os particulares, regulando com pretensão universal e monopolizadora os aspectos da vida privada.³⁴⁰

Neste contexto, como explica o Prof. Luiz Edson Fachin,

O espaço jurídico privado é considerado lugar privilegiado de exercício da liberdade individual, campo da autonomia, direito natural por excelência, que antecede ao próprio conceito de Estado moderno. Constitui limite à atuação desse Estado (e do próprio *status*) que tem por finalidade primordial assegurá-la. A propriedade é, na fase liberal-jusnaturalista, o direito fundamental por excelência, que define o limite entre as espacialidades pública e privada.

Assim, na racionalidade do direito privado do século XIX, o valor preponderante da legislação civil é a propriedade, e por consequência, “a abstração da figura do sujeito de direito em tal tempo e contexto, também está diretamente conectada ao patrimonialismo: o centro do ordenamento de Direito Privado é o sujeito proprietário.”³⁴¹

A constitucionalização do Direito Privado ocorre deste modo, a partir da apropriação dos institutos de direito privado pelas constituições, que passaram a regular aspectos da vida civil, inclusive os contratos e a propriedade privada, fruto

³³⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³³⁹ “Das Constituições liberais, frutos da burguesia ascendente contra o absolutismo, vem a liberdade, a defesa dos interesses privados e uma autonomia privada do Estado. Não ao acaso diferenciam-se por aí Direito Público e Direito Privado. Neste, erige-se o Direito Civil, que se funda nos moldes clássicos. As relações dentro da sociedade, pois, a rigor se edificam, em tal contexto, fora da 'constituição do Estado', e dentro, portanto, das codificações civis, vale dizer, do Direito Privado.” FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.10.

³⁴⁰ TEPEDINO, op. cit., p.2.

³⁴¹ FACHIN, op. cit., p.11.

de “mudanças conceituais havidas no seio da sociedade”, em especial questões relativas a justiça social diante do aumento da classe trabalhadora subordinada.³⁴²

Ao mesmo tempo, estas mesmas constituições, também se apropriaram e internalizaram os Direitos Humanos ligados à Declaração de 1948, na condição de Direitos Fundamentais, a exemplo do que ocorreu no Brasil com a Constituição de 1988.

Surge então a partir desta realidade, uma nova questão no que toca ao diálogo entre as constituições como “cartas políticas”, voltadas a regular as relações e limitar o poder do Estado em relação aos particulares, e a normatividade dos Direitos Fundamentais nela inseridos naquilo que diz respeito às relações entre pessoas privadas. Como coloca Aharon Barak:

However, now that human rights have been constitutionalised worldwide, enshrined in constitutional bills of rights and charters, questions abound as to the scope of their application. They clearly apply vertically, restricting the power of the State vis-à-vis the individual. But do they also apply horizontally in the context of relations between private parties? [...] Determining the applicability of constitutional human rights in the sphere of private law is an issue of central importance, which has arisen in most legal systems.³⁴³

A resposta à questão formulada por Barak suscitou na doutrina uma série de respostas diferentes, que vão desde a não-aplicação – corrente que defende que os direitos humanos são aplicáveis tão somente na esfera do Direito Público, sendo direcionadas exclusivamente ao Estado – até o modelo de aplicação direta, no qual os direitos humanos seriam dirigidos a proteger o indivíduo não somente contra o Estado, mas também contra outros particulares.³⁴⁴

Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte adotou um método de aplicação dos direitos contidos no *Bill of Rights*³⁴⁵ a partir da atuação do próprio

³⁴² BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, v.1, p.3, 1991.

³⁴³ No entanto, agora que os direitos humanos têm sido constitucionalizados em todo o mundo, consagrado em leis constitucionais de direitos e cartas, as perguntas abundam quanto ao âmbito da sua aplicação. Eles se aplicam claramente verticalmente, restringindo o poder do estado vis-à-vis o indivíduo. Mas eles também se aplicam horizontalmente no contexto das relações entre partes privadas? [...] A determinação da aplicabilidade do direito constitucional na esfera do direito privado é uma questão de importância central, que surgiu na maioria dos sistemas jurídicos.” (trad. livre). BARAK, Aharon. Constitutional human rights and private law. In: FRIEDMANN, D.; BARAK-EREZ, D. **Human rights in private law**. Oxford: Hart Publishing, 2001. p.13.

³⁴⁴ Ibid., p.14.

³⁴⁵ A chamada *US Bill of Rights* é constituída pelas primeiras dez emendas à Constituição. Estas emendas listam proibições específicas para o governo relativamente às liberdades individuais do cidadão. Entre elas incluem-se a liberdade religiosa e de expressão, o direito de portar armas, o direito à privacidade, à não autoincriminação, entre outros. (nota do autor).

judiciário, a despeito de considerar que a carta de direitos se dirige exclusivamente ao Estado. Ao interpretar o que constituiria uma ação do Estado, que estaria, portanto, sujeita aos limites impostos pela *Bill of Rights* segundo sua aplicação vertical, a Corte entendeu que o Poder Judiciário, na posição de criador de leis na *common law*, não poderia conceder decisões no âmbito do direito privado que violassem direitos constitucionalmente protegidos.³⁴⁶

No Brasil, a constitucionalização do Direito Privado é tese majoritária e é defendida pelas teorias críticas, que pretendem afastar a legislação civil da base oitocentista do Code Napoleon³⁴⁷ – que definia este direito civil individualista, patrimonialista, e que considerava abstratamente as pessoas como destinatários das normas – para atingir um Direito Civil que converge para a Constituição e as garantias constitucionais, aplicáveis horizontalmente nas relações entre os particulares.³⁴⁸ Segundo o Prof. Luiz Edson Fachin,

Há registros importantes nas formulações que imbricam a pessoa aos seus desígnios de autodeterminação e desenvolvimento. A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial, do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais.³⁴⁹

Para Fachin, a constitucionalização do Direito Civil não estaria ligada apenas à apropriação e regulação pela Constituição de institutos de direito privado, mas sim àquilo que chama de tríplice constituição do Direito Civil. Dentro desta

³⁴⁶ “In determining what constitutes the ‘State’, the Court has drawn two inferences. First, there is a ‘state action’ in the creation and development of the common law. Accordingly, in *New York Times v. Sullivan*, the Court held that common law rules regarding defamation must be adjusted to conform with freedom of expression established in the First Amendment. Secondly, relief granted within the framework of private law should not contradict constitutional human rights.” BARAK, Aharon. *Constitutional human rights and private law*. In: FRIEDMANN, D.; BARAK-EREZ, D. **Human rights in private law**. Oxford: Hart Publishing, 2001. p.26.

³⁴⁷ “Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou das leis civis as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no Code e que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do Séc. XIX.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, v.1, p.5, 1991.

³⁴⁸ “O sustentáculo fundamental do liberalismo que, pressuposta a separação entre o Estado e a sociedade civil, relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas próprias regras, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia. Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores.” *Ibid.*, p.2-3.

³⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.43.

proposta, o vocábulo constituição se verificaria a partir de três acepções distintas: “formal, substancial e prospectiva.”³⁵⁰ Como explica:

No que diz respeito à tríplice atuação constitutiva, formal é o significante que veicula a expressão de regras positivadas, especialmente (mas não exclusivamente) na Constituição apreendida como Direito Constitucional Positivo, como também na legislação infraconstitucional, incluindo as regras em sentido estrito do próprio Código Civil, submetida à correção hermenêutica da Constituição; não raro, é produto de olhar que se recolhe do pretérito ou se esgota no presente; em si não tem, pois, transcendência em direção ao vindouro. Substancial é a manifestação da força normativa da principiologia constitucional, distante do conceito de princípios gerais do Direito em sentido tradicional, e inserida no conceito de norma. Prospectiva é a dimensão propositiva e transformadora desse modo de constitucionalizar, como um atuar de construção de significados e que pode, dentro do sistema jurídico, ocorrer como realização hermenêutica ou, em alguns cenários de lacunas, como integração diante da situação que se apresente sem texto (constitucional ou infraconstitucional) em sentido formal, pois aqui se trata (i) da força constitutiva dos fatos e da (ii) da constituição haurida da realidade humana e social.³⁵¹

A visão exposta acima por Fachin é esclarecedora do papel do Direito Constitucional Positivo, a força normativa de seus princípios, e os efeitos transformadores destas na construção dos significados do Direito Civil, seja por meio da hermenêutica, seja pela força constitutiva dos fatos e da realidade humana e social.

Partindo-se desta tríplice constituição, o Direito Privado em geral se vê confrontado com uma nova realidade de “atuação jurídica e cultural de construção e reconstrução permanente dos significados que compõem (e recompõem) os significantes que integram a teoria e a prática”.³⁵² Este trabalho de construção e reconstrução permanente de significados, se daria a partir de “uma correção hermenêutica que submete o Código à Constituição”. A constitucionalização seria assim para Fachin, “tanto uma *nova fundamentação* das figuras centrais do direito subjetivo, da autonomia privada, do contrato, da propriedade e da liberdade, quanto *método* que se abre ao dissecar, na hermenêutica, tais contradições de base, em suma, nas pessoas, família, contratos e propriedades.”³⁵³

Com a constitucionalização, verifica-se portanto a mudança axiológica do Direito Privado, que não mais se submeteria a uma lógica individualista e

³⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.1.

³⁵¹ Ibid., p.7.

³⁵² Ibid., p.60.

³⁵³ Ibid., p.61.

abstrata,³⁵⁴ mas que passa a considerar a pessoa concreta dentro das relações e estende a esta as proteções constitucionais que outrora se pretendiam apenas verticalmente, em relações entre o estado e o particular. “O desafio é a abertura de caminhos hermenêuticos sob o valor axial e operativo da Constituição.”³⁵⁵

Gustavo Tepedino, comentando a modificação no papel do Código Civil, atribui a alteração profunda da dogmática a “sinais de esgotamento das categorias do direito privado, constatando-se uma ruptura que bem poderia ser definida, conforme a preciosa análise de Ascarelli, como uma crise entre o instrumental teórico e as formas jurídicas do individualismo pré-industrial, de um lado; e, de outro, a realidade econômica industrial ou pós-industrial, que repelem o individualismo”. E segue o autor para afirmar que os novos fatos sociais que surgem nesta nova realidade exigiriam “do legislador, do interprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito.”³⁵⁶

Nesse contexto, emerge a supremacia da dignidade da pessoa humana como princípio e regra constitucional que atinge todo o ordenamento jurídico, inclusive as instituições do Direito Privado. Como explicam os Profs. Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

A dignidade da pessoa humana, imperativo ético existencial, é também princípio e regra constitucional contemplado na ordem jurídica brasileira como fundamento da República, perpassando, por sua força normativa, toda a racionalidade do ordenamento jurídico nacional. Trata-se de reconhecimento pelo direito de uma dimensão inerente a toda pessoa humana que antecede - como princípio simultaneamente lógico e ético - o próprio ordenamento jurídico. Com efeito, o “mundo do dever-ser” que constituiria o direito, como criação humana, possui elementos “meta-jurídicos” que constituem condição de possibilidade para o próprio direito.³⁵⁷

³⁵⁴ “Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil de 1916.” TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.2.

³⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.60.

³⁵⁶ TEPEDINO, op. cit., p.6.

³⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

A emergência do constitucionalismo e da dignidade humana como seu valor essencial, clamam uma nova postura do direito civil em relação à pessoa, já que esta só pode ser protegida de fato em sua dignidade quando concretamente considerada. É dizer, que a pessoa abstrata que era considerada como sujeito das instituições do direito privado dentro da lógica oitocentista (o contratante, o proprietário, etc.) está aquém da proteção constitucional de sua dignidade enquanto tido como abstração. A dignidade, portanto, somente pode ser vista como um atributo enquanto se referir ao ser humano concretamente considerado.³⁵⁸

Assim, a hermenêutica do Direito Privado deve se abrir para superar a clássica “mecânica formal das decisões”, para considerar os significados dos significantes à luz do caso concreto, sob o filtro constitucional, em especial da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, como exemplifica Fachin,

a expressão justo título na usucapião, corresponde à acepção (significado) que os vocábulos (significantes justo e título) adquirem na densificação concreta da figura jurídica, à luz dos fatos e não em abstrato. Isso não lhe retira toda a precisão e certeza, embora diminua, sem dúvida, a previsibilidade; é um sentido que aposta, no limite de ao menos um título (rectius: uma causa) realizar-se, no caso concreto, o sentido de justiça, possibilidade para a qual a usucapião se abre como sanção à inércia do respectivo titular.³⁵⁹

O diálogo do Direito Privado com os direitos fundamentais no plano interno no caso brasileiro, gerou reflexos, portanto que permitiram a construção e reconstrução de significados, em busca de decisões mais justas e que garantem a proteção destes direitos fundamentais também entre particulares. Ainda que se verifique uma perda em relação à previsibilidade, tal fato representaria, de acordo com Fachin, “um sintoma positivo da saudável crise do sistema e superação do sistema clássico como ordenamento meramente formal.”³⁶⁰

Vê-se, portanto, que os Direitos Humanos impactaram os direitos fundamentais das constituições, e que seus reflexos atingiram o Direito Privado clamando pela sua ressignificação. A emergência da dignidade da pessoa humana

³⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

³⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.64.

³⁶⁰ FACHIN, loc. cit.

como filtro da racionalidade normativa sob o eixo constitucional exige, no plano interno, uma releitura dos institutos do Direito Privado para readequá-lo ao novo panorama das figuras centrais do direito subjetivo.

Diante desta realidade, propõe-se na presente tese que as regras de conflito inscritas na LINDB não podem ficar imunes a tal mudança axiológica do ordenamento jurídico. Como inclusive já defendido por Lauro da Gama Jr., a releitura das regras de conflito sob as lentes da Constituição é necessidade que se impõe diante do princípio da supremacia constitucional.³⁶¹ No entanto, a proposta aqui ventilada vai um passo além, ao propor que o filtro do direito humano ao desenvolvimento como visto na seção anterior, deve compor etapa necessária do método de DIPr a conformar a solução dos conflitos de leis à Constituição. Isto porque a ascensão do direito ao desenvolvimento como direito humano universal se presta também para fornecer vetores indicativos de conteúdo à princípios vagos e abstratos, contribuindo assim para a previsibilidade ao mesmo tempo que se garante a proteção de valores fundamentais.

Importa ressaltar aqui, como já ventilado anteriormente, que a proposta da tese não demanda a mudança ou o abandono completo das regras de estrutura clássica, mas a sua ressignificação diante da força constitutiva dos fatos e da realidade humana, em linha com os preceitos constitucionais, orientados e filtrados sob a ótica do direito humano ao desenvolvimento, entendido como a expansão das liberdades em prol da realização de funcionamentos relevantes, como se verá a seguir.

³⁶¹ “Segundo o STF, trata-se de um ‘controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição.” GAMA JR., Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. (Org.). **Estudios sobre contratación internacional**. Madri: Editora COLEX, 2006. p.695.

CAPÍTULO 5 O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE

Como se viu até o momento, o Direito Internacional Privado chega à contemporaneidade impactado por uma pluralidade de métodos, que de alguma forma buscaram adequar as bases teóricas clássicas às necessidades da relações humanas no contexto histórico atual. Notou-se ao longo dos capítulos anteriores esse movimento evolutivo da teoria do DIPr, influenciado por fatores sociais de mudança que exigem diferentes soluções para os conflitos de leis.

A teoria clássica europeia continental de DIPr, focada simplesmente na alocação de capacidade regulatória entre os Estados e voltada para a realização de uma “justiça conflitual”, com foco único na previsibilidade, não se coaduna com o estágio evolutivo dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. A adoção de regras neutras, unilaterais e universais, que pretendiam de antemão definir o interesse em regular de cada Estado com base na natureza da relação, desconectadas dos resultados materiais e filtradas unicamente em noções fluídas de ordem pública não são suficientes para atender aos anseios de realização de justiça material em relações transfronteiriças. As Revoluções ocorridas tanto nos EUA como na Europa demonstram a mudança de cultura e seus impactos na teoria do DIPr, em especial no que toca à sua dimensão funcional, e com isso trazem à lume o problema que guiou a pesquisa voltada ao DIPr brasileiro.

Como se viu na seção 3 do capítulo 2, o DIPr brasileiro ainda se vê altamente arraigado na tradição clássica europeia continental, parecendo ter-se mantido imune aos movimentos americano e europeu, com raras exceções doutrinárias que pretenderam romper a barreira em busca de um DIPr mais conectado com a realidade e a complexidade das relações humanas contemporâneas. A aplicação das regras de DIPr pelos tribunais brasileiros ainda se mostra em sua maioria dentro de uma lógica mecanicista, redutora de complexidades e entende como função do DIPr a correta alocação de capacidade regulatória dos Estados, acima da realização da justiça material no caso concreto.

Por outro lado, viu-se no capítulo 4 que a ascensão do discurso dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais impactaram o Direito Internacional

Público, além Direito Privado, no Brasil e no mundo. No plano internacional, estabeleceu-se o Direito Humano ao Desenvolvimento como discurso universal, comum a todas as nações e essencial como “substrato socioeconômico mínimo” para a efetivação da cidadania e liberdades substanciais, e como direito inalienável de todos os seres humanos. Demonstrou-se o papel central que a pessoa passa a assumir no Direito Internacional, fruto da alteração do *state approach* para o *human rights approach*. Já no plano doméstico, notou-se o impacto dos Direitos Fundamentais na Constituição, elevando a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio e regra constitucional pela qual “perpassa toda a racionalidade do ordenamento jurídico”, e assim alterando substancialmente as bases teóricas inclusive do Direito Privado.

O presente capítulo por sua vez pretende aplicar de fato a hipótese da tese ao problema. O cerne da proposição hipotética é de que o DIPr brasileiro não pode ficar imune às mudanças sociais e históricas que motivaram a alteração axiológica da matéria, fato que clama uma ressignificação do DIPr a partir de uma perspectiva funcional. É dizer que o DIPr do século XXI, impactado pelos fatores aqui descritos, necessita readaptar sua função como ferramenta para a solução dos conflitos de leis, considerando em seu método os resultados materiais alcançados com a aplicação de um ou outro ordenamento, tendo como vetor instrumental para a análise dos resultados o impacto no desenvolvimento das partes envolvidas, entendido como incremento de liberdades em um conceito plural.

Nesta esteira, inicia-se o presente capítulo com a exposição da teoria de Amartya Sen, buscando-se extrair desta teoria algumas regras que servirão como estes vetores para a sua aplicação na prática. Na sequência, analisar-se-á de que forma essas regras já se verificam em algum grau em sua aplicação ao DIPr na prática, em especial na Europa, mas também no Brasil, ainda que não pelos fundamentos aqui expostos. Ao final, o capítulo tratará da questão da previsibilidade e da segurança jurídica dentro do modelo proposto.

O tema central desta tese, bem como a hipótese que se buscou confirmar ao longo da pesquisa, reside justamente na possibilidade de aplicação da ideia exposta por Amartya Sen de desenvolvimento como liberdade, e de que forma esta

teoria advinda do campo econômico-social pode exercer o papel de vetor funcional para a releitura e aplicação das normas de DIPr na contemporaneidade. A necessidade de um vetor funcional se propõe em face da lacuna evidenciada nas teorias do DIPr que tentam romper a lógica clássica de mera alocação de capacidade regulatória, mas que falham em definir parâmetros de avaliação que possam ser utilizados pelos julgadores nos casos concretos em busca da realização da justiça material, sem que se coloque em risco a previsibilidade e a segurança jurídica.

Tal lacuna demanda exercícios intelectuais, voltados à compreensão do estado da arte e à “formulação de hipóteses mirando o porvir”³⁶², pois como observou BUCHER, “Les méthodes de pensée sont par tradition évolutives, s’adaptant progressivement aux conditions propres à leur époque.”³⁶³

Logo, ainda que se possa afirmar que as Revoluções Americana e Europeia tenham iniciado um movimento de mudança em relação à função do DIPr, a presente tese, que como dito anteriormente não se esgota no DIPr brasileiro, tem condições de um lado, de aportar à teoria do DIPr – com viés universal – uma etapa metodológica que encontre a melhor solução para o caso concreto com base em um discurso de direitos humanos universalizável por meio do direito ao desenvolvimento, e principalmente, aplicável às relações que não se enquadram como contratuais ou de responsabilidade civil; e de outro, sistematizar a matéria no Brasil em conformidade com a realidade contemporânea, que considere o DIPr na sua função não somente como regra de conflito ou sobredireito, mas como disciplina que tem como função a concretização de direitos e o aumento das liberdades positivas e substanciais, visando o desenvolvimento das pessoas e das sociedades.

³⁶² FACHIN, Luiz Edson. O direito civil rompe a casca de noz. Apresentação da tese do Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.7.

³⁶³ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. **Recueil dès Cours**, v.341, p.42, 2009.

1 A FUNÇÃO COMO LIBERDADE VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO HUMANO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

O economista indiano radicado nos Estados Unidos, Amartya Sen, foi o responsável pela teoria que busca demonstrar que “o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.”³⁶⁴

O pensamento de Amartya Sen fornece grande parte do substrato teórico da presente tese. A ideia do desenvolvimento como liberdade, vista a partir da perspectiva do desenvolvimento como Direito Humano, se apresenta como fundamento de um DIPr voltado para a pessoa humana concretamente considerada e que encontra no mecanismo de solução dos conflitos de leis uma ferramenta de concretização e aumento das liberdades positivas e substanciais no trânsito internacional.

Em sua obra “Desenvolvimento como Liberdade”, Sen defende que o aprimoramento da vida humana estaria diretamente relacionado ao grau de liberdade que as pessoas experimentam, de modo que a expansão da liberdade é vista como fim e meio principal do desenvolvimento, ocupando, portanto, uma posição central neste processo.³⁶⁵

O primeiro ponto a ser extraído do pensamento de Sen e que se considera uma das premissas da tese, é a definição do significante “desenvolvimento” aplicado à vida humana. A teoria de Sen busca determinar um parâmetro que dotará de significado o “desenvolvimento”, sem o qual toda a discussão pode se tornar vazia, diante da pluralidade de concepções sobre o vocábulo, assim como visto em relação aos vocábulos “liberdade” e “função” trabalhados no primeiro capítulo.

Quando Sen trabalha a sua ideia de desenvolvimento, há que se notar que ele se refere a todo tempo a um processo. O desenvolvimento é visto como um processo pois é um movimento de evolução e aprimoramento da vida humana. Mas qual seria a base ou parâmetro avaliativo para se definir se houve desenvolvimento ou não? Ou ainda, o que se considera como evolução ou aprimoramento da vida humana? Para onde essa evolução deve levar?

³⁶⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.16.

³⁶⁵ Ibid., p.17.

A teoria de Sen se propõe a definir estas questões a partir da liberdade. Nesta linha, defende a centralidade da liberdade em relação ao processo de desenvolvimento com base em duas razões: uma “avaliativa”, na qual defende que a avaliação do progresso deve ser feita avaliando-se primordialmente se houve aumento nas liberdades das pessoas, e outra de “eficácia”, na qual o “desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente.”³⁶⁶

O parâmetro avaliativo do desenvolvimento seria, portanto, o grau de liberdade das pessoas, sendo a evolução ou aprimoramento da vida humana representada pela expansão destas liberdades. Já no que se refere ao plano eficaz, ou seja, a que lugar esta evolução deve levar, dependerá de como a pessoa livre exercerá a sua condição de agente.

Para que se possa entender essa proposição e aplicá-la como pretende esta tese, há que se resgatar as concepções de liberdade tratadas anteriormente. Isto porque a significante liberdade, assim como o desenvolvimento, comporta diversos significados como visto, e em especial no pensamento de Sen, essa determinação se faz extremamente relevante.

Dentro das 4 formas de liberdade tratadas anteriormente, o pensamento de Amartya Sen se foca muito mais nas liberdades positivas e substanciais do que nas liberdades negativas ou formais. A ideia de desenvolvimento de Sen, que tem a liberdade como meio e fim principal, não se ocupa tanto com a não interferência do Estado ou com a teórica capacidade de se fazer o que se bem entende, mas sim com a liberdade de positivamente se autodeterminar conforme suas crenças, e, ainda mais do que isso, ter condições mínimas de compreender e exercer essa liberdade. Como explica,

O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.³⁶⁷

³⁶⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.16.

³⁶⁷ Ibid., p.18.

O pensamento exposto por Sen demonstra a preocupação do autor com o que se entende por liberdade. Ainda que entenda a liberdade negativa e a liberdade formal como importantes e integrantes dessa ideia geral de liberdade, que vai constituir o que se entende como liberdade tanto para fins de avaliação como de eficácia do desenvolvimento, a teoria de Sen se ocupa principalmente com a ideia da liberdade substancial e também com a liberdade positiva.

Para Sen, a expansão das liberdades que se traduz em desenvolvimento não se esgota no aumento das liberdades formais e negativas, – que seriam aquelas “assegurada[s] formalmente, da qual, em tese todos podem exercer sem sofrer coerção estatal”³⁶⁸ – pois ainda que estas liberdades sejam também importantes, elas não significam que as pessoas poderão de fato exercê-las.

Por outro lado, a expansão das liberdades substanciais permitiria às pessoas a possibilidade de desfrutar das liberdades negativas e positivas, gerando assim um aprimoramento na vida humana. As liberdades substanciais, ou como referidas por Ruzyk, “liberdade como efetividade”,³⁶⁹ representariam um conjunto de condições ou “capacidades” mínimos, que levariam à efetiva possibilidade de se fazer aquilo que se valoriza.³⁷⁰

O que Sen busca demonstrar com esta visão é que a verdadeira liberdade, que representaria segundo a sua teoria a evolução ou aprimoramento da vida humana, somente pode ser exercida a partir de um *locus* que reúna um conjunto mínimo instrumental de capacidades que possa orientar a tomada de decisões das pessoas.

Sen enumera cinco tipos de liberdades que ajudariam “a promover a capacidade geral de uma pessoa.”³⁷¹ “(1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora”.³⁷² O aumento dessas liberdades instrumentais seria

³⁶⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.56.

³⁶⁹ RUZYK, loc. cit.

³⁷⁰ RUZYK, loc. cit.

³⁷¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.25.

³⁷² SEN, loc. cit.

essencial para que as pessoas pudessem “efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros”.³⁷³

Com base nestas liberdades enumeradas, o desenvolvimento no pensamento de Sen requer necessariamente a remoção das fontes de privação destas liberdades, que o autor traduz como “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.³⁷⁴

Para Sen, a liberdade também exerceria dois papéis essenciais em sua relação com o desenvolvimento, sendo um constitutivo e outro instrumental. O constitutivo, de acordo com o autor, “relaciona-se à importância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem capacidades elementares como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão, etc.”³⁷⁵ Já o instrumental decorreria de uma argumentação distinta, no sentido de que “essas liberdades e direitos *também* podem contribuir muito eficazmente para o progresso econômico.”³⁷⁶

O papel instrumental da liberdade está relacionado à ideia de *meio* para o desenvolvimento humano, ao passo que a liberdade constitutiva se refere a um *fim*. É importante neste contexto notar que ambos constituem pontos relevantes no que se refere ao seu papel como função do DIPr, em linha com o que esta tese propõe.

Mas o que exatamente a tese propõe? Como os conceitos de Desenvolvimento como Liberdade dialogam com a ideia de função do DIPr e de que forma isso deve se refletir na solução dos conflitos de leis? São estes pontos que passamos a explorar daqui em diante.

Como viu-se ao longo da parte 1 *supra*, o DIPr clássico europeu continental entendia como função das regras de DIPr a correta alocação de capacidade regulatória entre os Estados soberanos, enquanto na teoria clássica da

³⁷³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.26.

³⁷⁴ Ibid., p.16.

³⁷⁵ Ibid., p.55. (grifos no original).

³⁷⁶ SEN, loc. cit.

common law, a função do DIPr era o respeito aos direitos adquiridos dentro da ideia de *comity*. Como função para estes fins, estipulou-se as consequências objetivas para uma unidade específica (pessoa, subgrupo, sistema social ou cultural) que contribui para o seu ajuste ou adaptação e que assim pretendam, ou seja, o conceito de função manifesta de Robert Merton.

Viu-se também, que ao longo especialmente do século XX, a teoria clássica do DIPr sofreu o impacto de mudanças sociais e culturais, que alteraram, ou pelo menos assim pretenderam, a função das regras de conflito visando uma adequação destas à realidade histórico-social da contemporaneidade.

Entretanto, identificou-se da mesma forma uma pluralidade de métodos e de teorias que pretendiam lidar com a tensão existente no contexto de regras neutras e indiretas como se propõem as da teoria clássica, entre justiça material, de um lado, e previsibilidade ou justiça conflitual de outro. Não apenas isso, mas também restou claro o impacto dos direitos humanos e direitos fundamentais, tanto na teoria geral do Direito Internacional – com a transição do *state approach* para o *human rights approach* – quanto nas legislações internas dos países com a ascensão do constitucionalismo e da dignidade da pessoa humana como imperativo ético existencial, que recolocou a pessoa em sua concretude no centro do ordenamento jurídico. Por último, mas não menos importante, estabeleceu-se o Direito ao Desenvolvimento como direito humano universalizável e imune às críticas de um discurso de dominação e opressão que atinge outros tipos de direitos humanos.

Diante de tal realidade surge o desafio do DIPr do século XXI, de dar soluções que sejam sim previsíveis, mas que ao mesmo tempo promovam a justiça material no caso concreto, fato que exige, como se propõe, uma mudança fundamental na leitura da função das regras de DIPr.

Ressalte-se, porém, que a funcionalização do DIPr para o Desenvolvimento Humano não implica no abandono completo das regras de conflito dentro da estrutura da teoria clássica, mas sim em uma etapa metodológica que pode ser complementar no sentido de filtrar a adequação ou não, no caso concreto, da regra indicativa da lei aplicável. Em linha com o que propõe Bernard Dutoit, a função de filtragem ou contextualização não diminui a existência ou a necessidade do DIPr, mas integra o instrumental das regras de conflito para escolha da lei no caso concreto.

A análise funcional proposta, deste modo, se apresenta como proposição *de lege lata*, pois não prescinde de alteração legislativa para sua apreensão, seja pelo DIPr brasileiro, seja pelo DIPr de outras nações.

Note-se que a simples alteração axiológica da função do DIPr, de alocação de capacidade regulatória para expansão das liberdades substanciais e positivas em prol do Desenvolvimento Humano, já importaria em uma releitura das regras de conflito, para se verificar a adequação, no caso concreto, da regra indicativa, com base nos resultados materiais que a aplicação de uma ou outra lei em conflito irá gerar.³⁷⁷ Portanto, ao se assumir como função manifesta do DIPr o Desenvolvimento Humano, as regras rígidas de conexão abririam espaço para uma flexibilização que considerasse o resultado como etapa metodológica da resolução do conflito de leis.

Bernard Audit, comentando o caráter funcional das regras de conflito defende proposição similar, ainda que não utilize o vetor do Desenvolvimento como Liberdade, mas reconhecendo a necessidade de regras de conflito que levem em conta os interesses subjacentes às situações que se referem:

Cette définition fait ressortir que le résultat d'une élaboration, même lorsqu'il s'exprime dans une formule concise, est chargé d'une réflexion. Tel doit être le cas pour des règles de conflit bien conçues, c'est-à-dire prenant en considération les intérêts sous-jacents aux situations qu'elles visent.³⁷⁸

Audit relaciona a análise funcional ao critério de localização utilizado para um dado tipo de relação jurídica, conforme a teoria clássica de Savigny. Neste sentido, defende que a capacidade de uma regra de conflito fornecer uma solução satisfatória dependeria em grande parte do critério de localização utilizado para uma determinada categoria.

³⁷⁷ Assim como defendeu o prof. Fachin em relação ao Direito Civil, entende-se a funcionalização das regras de conflito: "Do Direito Civil aos direitos civis fundamentais, a estrutura cede passo à função. O estatuto jurídico do patrimônio redimensiona-se, sem perder a essência, embora ontologicamente se reinsira como outra terra na Constituição. Direito à terra é, então, um tema de acesso, imbricado com as titularidades e ônus respectivos; mais que isso, a terra se compreende, a partir desse giro, como acolhida no largo espectro da expressão bem comum". FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.68-69.

³⁷⁸ "Essa definição mostra que o resultado de uma elaboração, mesmo quando expressa de forma concisa, é responsável por uma reflexão. Este deve ser o caso de regras de conflito bem concebidas, isto é, tendo em conta os interesses subjacentes às situações a que se referem. (trad. livre). AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la 'crise' des conflits de lois). **Recueil des Cours**, v.186, p.271, 1984.

Entretanto, é cristalino que qualquer critério de localização de uma relação jurídica definido *a priori* e que tem como função manifesta decidir a alocação da capacidade regulatória entre Estados, não será capaz, muitas vezes, de fornecer soluções satisfatórias para as partes envolvidas, já que não seria esta a consequência objetiva buscada pela regra. Audit reconhece, por outro lado, que se na concepção moderna da regra de conflito, a operação da localização se tornasse totalmente funcional, isso decorreria de uma “desmaterialização da noção de localização, que torna possível envolver outros valores além dos puramente materiais.”³⁷⁹

Destarte, a proposta da tese se exprime na funcionalização da operação da localização das relações jurídicas transfronteiriças, tendo como consequência objetiva (função manifesta) o incremento do Desenvolvimento Humano por intermédio da expansão das liberdades substantivas e positivas das partes envolvidas na relação. Tal função manifesta, como dito, não se afasta por completo da teoria clássica da estrutura da regra conflitual, mas considera esta etapa metodológica que serve como vetor e filtro para a solução dos conflitos de leis. A superação necessária para a efetivação desta função atacaria, portanto, não a estrutura da regra conflitual clássica em si, mas a sua neutralidade e rigidez, em favor de uma interpretação flexível e consequencialista por meio do filtro do Desenvolvimento Humano. Neste sentido já se manifestou Bernard Audit, ao aduzir que:

Si, par conséquent, le rattachement matériel conserve dans la doctrine bilatéraliste moderne une certaine primauté, cette doctrine admet la prise en considération d'autres facteurs. Dans cette conception, la localisation désigne un lien avec un système, lien qui peut dépendre de facteurs qualitatifs différents de celle qui s'exprime dans l'expression américaine de «most significant relationship». On retrouve ici l'idée que la règle de conflit qui a été attaquée aux Etats-Unis n'est pas la même que celle qui a évolué en Europe continentale sous des influences tout autres que celle de la doctrine des vested rights. Le rapprochement qui — contrairement aux

³⁷⁹ “Il est unanimement reconnu que si un conflit de lois doit être résolu par attribution de la situation à une loi donnée, cette attribution doit se faire autant que possible à la loi avec laquelle la situation présente les liens les plus étroits. C'est l'idée qu'avait exprimée Savigny en parlant de «siège» du rapport de droit et qui l'a été depuis de différentes manières : la most real connection, le centre de gravité, la localisation...de conflit est de cristalliser cette localisation par un rattachement donné pour une catégorie plus ou moins vaste de rapports juridiques. Son aptitude à procurer un règlement satisfaisant dépend donc pour beaucoup du critère de localisation. Or si dans la conception moderne de la règle de conflit l'opération de localisation est devenue une opération pleinement fonctionnelle, c'est en raison d'une certaine dématérialisation de la notion de localisation, qui permet de faire intervenir des facteurs autres que purement matériels.” AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la ‘crise’ des conflits de lois). **Recueil des Cours**, v.186, p.272, 1984.

apparences — résulte de ces attaques apparaît avec l'examen des facteurs que la doctrine européenne invite à considérer pour pallier les inconvénients d'une localisation purement matérielle.³⁸⁰

A observação de Audit acima é importante também para justificar a adoção do vetor do Desenvolvimento Humano para a função do DIPr, como fator de localização das relações, e sua novidade em relação às demais doutrinas existentes. O que se propõe aqui é também, que a expansão das liberdades como Desenvolvimento Humano apresenta um conceito mais palpável, concreto e atingível, do que expressões como a lei mais justa, ou mais benéfica, ou da relação mais significativa. Ressalte-se inclusive que a grande parte das críticas voltadas às regras de conflito “não-neutras” ou “consequencialistas” repousa no fato da dificuldade de se definir o que é mais justo ou mais benéfico e na insegurança e falta de previsibilidade que estas expressões acarretam.

Por outro lado, o filtro do Desenvolvimento Humano, entendido como expansão das liberdades, dá ao julgador elementos objetivos e verificáveis para decidir o conflito de leis, ao mesmo tempo que concede grau de previsibilidade para as partes, pois a reflexão da lei aplicável tem uma consequência objetiva bem definida.

Neste ponto, cumpre esclarecer também, que dentro da análise funcional proposta pela tese, o julgador deve se pautar nas consequências objetivas produzidas pela aplicação da lei para uma unidade específica, conforme exposto anteriormente. Esta definição é de extrema importância, pois como defendido por Merton, as necessidades funcionais devem ser entendidas como sendo permissivas e não como determinantes, de estruturas sociais específicas.³⁸¹ O Desenvolvimento Humano atua assim como categoria que se aplica à pessoa concretamente considerada, tendo como foco permitir a criação de estruturas

³⁸⁰ “Se, portanto, o apego material retém certa primazia na moderna doutrina bilateralista, essa doutrina admite a consideração de outros fatores. Neste design, a localização refere-se a um link para um sistema, um link que pode depender de fatores qualitativos diferente daquele expresso na expressão americana de “relacionamento mais significativo”. Aqui encontramos a ideia de que a regra do conflito que foi atacada nos Estados Unidos não é a mesma que a que evoluiu na Europa continental sob influências bastante diferentes das da doutrina dos direitos adquiridos. A reaproximação que - ao contrário das aparências - resulta desses ataques aparece com o exame dos fatores que a doutrina europeia convida considerar para superar as desvantagens de uma localização puramente material.” (trad. livre). AUDIT, Bernard. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la ‘crise’ des conflits de lois)*. **Recueil des Cours**, v.186, p.274, 1984.

³⁸¹ SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. Harvard University Press, 1995. p.22.

sociais que possibilitem que a pessoa viva de acordo com aquilo que valoriza, e protegendo a sua dignidade.

O que se pretende com a hipótese lançada, portanto, é definir como base teórica do DIPr contemporâneo, a funcionalização voltada ao Desenvolvimento como evolução ou aprimoramento da vida humana. Acredita-se que o DIPr poderá assim, por meio das regras de conflitos de leis e pelo reconhecimento de situações estrangeiras, ajudar a remover as fontes de privação de liberdades colocadas por Sen como empecilhos ao desenvolvimento humano, e deste modo realizar prestações ou contributos para o papel constitutivo da liberdade, bem como para seu papel instrumental.

Significa dizer que o DIPr, através da solução dos conflitos de leis e do reconhecimento de situações estrangeiras, bem como da jurisdição internacional, tem o poder de efetivamente aumentar as liberdades substanciais das pessoas, e mais que isso, permitir que levem uma vida que tem razão para valorizar, através da aplicação extraterritorial de leis que tem essa capacidade, sem que isso represente uma subversão na ordem das sociedades que aplicam estas leis, pois como visto, as realizações e contributos não precisam se dirigir ao todo social, nem o impactam com a totalidade que pretendem as teorias de análise funcional que se baseiam na biologia.³⁸²

A mudança funcional sugerida, – que altera a função da regra de conflito da alocação de capacidade regulatória dos Estados para uma voltada ao fomento do Desenvolvimento Humano dos envolvidos por meio da expansão das liberdades, – se justifica e se legitima no plano internacional, diante da já demonstrada transformação sofrida pelo Direito Internacional Público do *state approach* para o *human rights approach*. E se justifica e legitima também no plano doméstico, diante da constitucionalização do Direito Privado e a ascensão e normatividade da dignidade da pessoa humana, como ponto central de convergência de todo o ordenamento jurídico.

No plano internacional, em especial, a partida do *state approach* pelo Direito Internacional atinge os fundamentos básicos da teoria de Savigny, razão

³⁸² MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968. p.73.

pela qual a mesma não mais se sustenta sozinha. Como expôs-se no capítulo 2, a teoria de Savigny se baseava na ideia de um *sistema* totalizante e universal, que encontrava sua justificação e universalidade no Direito Internacional Público, e na correta divisão de capacidade regulatória entre entes soberanos que ocupavam o centro do ordenamento do Direito Internacional. Entretanto, a partir do momento que o Direito Internacional Público altera seus fundamentos para colocar a pessoa e os direitos humanos no espaço central que antes era ocupada pelo Estado, cai por terra a justificação do sistema savigniano. Logo, em um sistema internacional guiado pelo *human rights approach*, não se pode sustentar a utilização mecânica e desconectada da realidade de regras que alocam capacidade regulatória com base em fatores apriorísticos e de interesse exclusivo dos Estados, em desrespeito aos direitos da pessoa concretamente considerada e sem se importar com os resultados advindos de tal método.

Conforme será trabalhado mais adiante em relação à autonomia da vontade, a facilidade de locomoção e o incremento das tecnologias de comunicação permitem que as pessoas físicas e jurídicas transitem com maior facilidade entre os países, podendo atrair para si a aplicação de leis que lhes sejam ou mais benéficas, ou que aumentem o grau de liberdade substancial e positiva que estas pessoas desfrutam, desde que o DIPr esteja de fato voltado - ou funcionalizado - para garantir e efetivar esse desenvolvimento.

Cumprе ressaltar também que a proposta da tese vai além das questões contratuais e de responsabilidade civil, que foram o cerne da preocupação da Revolução Americana, e tem grande valia prática principalmente para as relações de família e que se referem ao estatuto pessoal. Neste sentido, avança mais em relação às questões pessoais (que não foram objeto em absoluto da Revolução Americana, mas que fazem parte da preocupação da doutrina europeia contemporânea) do que no campo dos contratos e da responsabilidade civil, ainda que a eles também tenha plena aplicação.

Nesta linha, o Desenvolvimento Humano como função manifesta do DIPr considera três fatores em sua análise para a solução dos conflitos de leis: o

incremento ou expansão das liberdades (entendida como conceito plural), a dignidade da pessoa humana (como imperativo ético existencial, cuja normatividade perpassa toda a racionalidade do ordenamento jurídico),³⁸³ e a proteção às partes hipossuficientes. Dentro desta tríade, são considerados os interesses privados em jogo, para se determinar no caso concreto, qual lei irá corresponder às expectativas das partes, enquanto garantindo o respeito aos direitos humanos e direitos fundamentais aplicáveis.

A pluralidade de fatores considerados sugere que “a função como liberdade(s) não esgota a dimensão funcional de que podem se revestir os institutos jurídicos, mas sim, pode ser pensada como um dos seus fundamentos.”³⁸⁴ A teoria sobre desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen é no entanto de grande valia para o Direito, ao mesmo tempo que dele depende quase que diretamente. A remoção das fontes de privação de liberdade, de uma forma ou de outra acaba por transpassar o Direito, de modo que por intermédio deste, é possível aplicar empiricamente a liberdade como instrumento para uma expansão do desenvolvimento e das liberdades positivas experimentadas pelas pessoas.

Atente-se também ao fato de que o contexto atual do século XXI clama ao Direito soluções que estejam alinhadas com as necessidades e anseios da sociedade atual, que se caracteriza por um profundo pluralismo e um intenso embate entre a globalização e o nacionalismo. Tendo esta realidade em mente, reforça-se a ideia de que os contributos ou consequências objetivas do DIPr devem ser direcionadas aos envolvidos concretamente considerados, e não devem servir para garantir a perpetuação de estruturas normalizantes e excludentes, nem para cumprir funções que se voltem tão somente ao *todo* social.

É justamente neste ponto inclusive, que reside a contribuição principal da tese às regras de conflito que se dirigem ao estatuto pessoal e aos direitos de família, ou *projeto parental*. Isto porque a solução dos conflitos de leis a partir de uma reflexão consequencialista, que busca como consequência objetiva (função

³⁸³ BEDJAOUI, Mohammed. The right to development. In: ____ (Org.). **International law: achievements and prospects**. Paris/Dordrecht: Unesco e Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p.1196.

³⁸⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.243.

manifesta) a expansão das liberdades dos agentes e que não considera que a função da norma deve aproveitar a toda sociedade, mas aos envolvidos no caso concreto, cria instrumentos de eliminação das privações de liberdade, ao aplicar leis que chancelam juridicamente a autodeterminação do agente segundo aquilo que valoriza, e que ao mesmo tempo incrementam as liberdades substanciais em especial as oportunidades sociais e a segurança protetora.

Desta forma, a aplicação de leis estrangeiras que permitem por exemplo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a adoção incondicional, os relacionamentos pluriafetivos, a barriga de aluguel, entre outras relações que emergem da complexidade da interação humana e que são reconhecidas e legalizadas ou criminalizadas com base em critérios e justificações muitas vezes moralistas ou religiosos, serviria para garantir que as pessoas detivessem maior liberdade na condição de agentes e para dar chancela jurídica à autodeterminação, propiciando um ambiente de liberdade positiva que contribuiria para a confirmação da identidade pessoal de cada um.

Portanto, a funcionalização que aqui se propõe não abandona por completo a teoria clássica, mas relê suas regras sob as lentes de uma função que justifica a sua flexibilização, ainda que se admita que a regra clássica possa ser suficiente para atender a função do Desenvolvimento Humano em um determinado caso. Isso não significa, porém, que a etapa metodológica proposta com base consequencialista possa ser afastada e substituída pela aplicação mecânica da localização, sob pena de se chegar a um resultado que viole os Direitos Fundamentais ou os Direitos Humanos.

Finalmente, cumpre efetuar pequena ressalva em relação ao outro objeto fundamental do DIPr, que, apesar de não ser objeto específico da análise desta tese, dela se aproveita. A ressalva se limita a afirmar que o filtro do Desenvolvimento Humano por meio da expansão das liberdades também se aplica como etapa metodológica para fins de definição de competência internacional, capaz de afastar inclusive situações que comumente (em especial na tradição da *common law*) seriam declinadas pela doutrina do *forum non conveniens*. A expansão das liberdades em favor do Desenvolvimento Humano relativamente aos conflitos de jurisdição opera especialmente no sentido de possibilitar o acesso à justiça internacional, e à justa e imparcial prestação jurisdicional.

Diante do exposto, a próxima seção demonstrará de que forma a funcionalização do DIPr pelo Desenvolvimento Humano se reflete nas regras de conexão, bem como demonstra casos e decisões que aplicaram lógica semelhante à que aqui se propõe, ainda que não sob os mesmos fundamentos ou argumentos, visando demonstrar a contribuição do DIPr para a melhora na qualidade de vida das pessoas, quando voltado à este fim.

2 O REFLEXO DA LIBERDADE COMO FUNÇÃO NAS NORMAS DE CONFLITO

Vista a teoria de Sen, e, tomada a liberdade como vetor funcional do DIPr voltado ao desenvolvimento, cabe neste momento demonstrar de que forma se dá na prática o dialogo entre esta e o DIPr.

Conforme expôs-se anteriormente, o DIPr funcionalizado para o desenvolvimento através da expansão das liberdades substanciais e positivas que as pessoas desfrutam, necessita de um novo método de solução dos conflitos de leis que o permita desenvolver esta função. Para ilustrar a hipótese defendida nesta tese, utilizar-se-ão alguns exemplos concretos de casos que envolveram conflitos de leis e cuja solução foi ou deveria ter sido alcançada a partir da aplicação da regra que aumentasse em maior grau, as liberdades substantivas e positivas das partes envolvidas, em linha com o que se propõe nesta tese.

O DIPr, nesta senda, seria um veículo capaz de permitir a validação empírica da teoria de Sen, na medida que o autor entende que “O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente,”³⁸⁵ e que o DIPr por sua vez permitiria a eliminação destas barreiras por meio da aplicação extraterritorial de leis capazes de incrementar estas liberdades.

É importante notar no pensamento de Sen que as fontes de privação de liberdade por ele enumeradas costumam existir em todas as nações em graus mais ou menos elevados. Conforme o próprio autor exemplifica, ao mesmo tempo que um negro americano é em média mais pobre do que um branco, ele ainda será em média mais rico do que um habitante de um país de terceiro mundo. Sendo assim, pessoas de diferentes nações terão mais ou menos de cada uma destas fontes de privação, mas que não as atingirão da mesma forma, já que as pessoas, em especial na contemporaneidade “líquida” valorizam coisas diferentes e buscam ideais diferentes.

E é justamente neste contexto que se insere o DIPr, na medida em que, com cada vez maior frequência, as pessoas ultrapassam barreiras nacionais

³⁸⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p.10.

justamente com a intenção de aumentarem suas liberdades substanciais e positivas. Os fluxos migratórios na contemporaneidade, sejam eles permanentes ou temporários, estão profundamente influenciados por indivíduos buscando aumentar seus graus de liberdade, dentro daquilo que valorizam.

Sejam essas migrações voluntárias ou forçadas, temporárias ou permanentes, ao mesmo tempo em que visam uma expansão das liberdades, as relações travadas por estes indivíduos invariavelmente gerarão hipóteses de conflitos de leis, os quais deverão ser resolvidos pelo DIPr.

Nesta linha, de nada adianta a migração em busca de maior liberdade se, na análise das normas de conflitos e sua aplicação, as mesmas apontarem para leis que não permitem que este maior grau de liberdade seja alcançado. Por esta razão, defende-se na presente tese que é necessária uma releitura do método conflitual, que na hipótese proposta se daria por meio da funcionalização do DIPr voltado ao Desenvolvimento Humano, este concebido como um processo de expansão das liberdades reais das pessoas.

A ideia de funcionalização do DIPr para o Desenvolvimento Humano a partir da expansão das liberdades, demandaria uma flexibilização do método conflitual clássico, que permitisse o desapego do mecanicismo de regras de conexão apriorísticas e definidas com fundamento em interesses regulatórios do Estado, evoluindo para uma forma de solução de conflitos de leis que permitisse a aplicação da lei que aumentasse em maior grau as liberdades substanciais e positivas dos interessados.

Esta proposta de superação, conforme ventilado, não significa o abandono completo da estrutura da regra clássica, mas sim adiciona uma etapa metodológica responsável por filtrar a aplicação da regra de conexão, levando-se em conta as consequências materiais da aplicação de determinada lei em contraposição com a expansão das liberdades, especialmente substantivas e positivas, como instrumental para análise da lei mais benéfica às partes no caso concreto.

Tome-se como exemplo a discussão sobre a aplicação da lei da nacionalidade ou do domicílio para as questões do estatuto pessoal. Dependendo da situação em concreto, tanto uma quanto a outra pode atender os interesses das

partes envolvidas, cumprindo a função de expansão de liberdades em prol do desenvolvimento humano. E tanto uma quanto a outra podem ser validamente defendidas com base em uma série de argumentos diferentes. Entretanto, note-se que a etapa metodológica proposta pela tese não exige que se abandone a regra geral adotada por cada um dos países, pois estas regras gerais também compõem o instrumental que é necessário para a solução dos conflitos de leis, porquanto estas seguem tendo o papel de orientar o julgador sobre qual é o interesse regulatório do Estado em cada tipo de relação. Logo, na solução dos conflitos de leis relativos ao estatuto pessoal no Brasil por exemplo, o juiz sabe que o interesse do Estado é que se aplique a lei do domicílio da pessoa, conforme prescreve o *caput* do artigo 7º da LINDB. Partiria então primeiramente à análise da lei do domicílio aplicada ao caso concreto para verificar o resultado que esta traria caso aplicada. Este resultado será o objeto do filtro da liberdade como desenvolvimento, que poderá tanto confirmar a aplicação da lei do domicílio, ou afastá-la em prol da aplicação de outra lei que cumpra em maior grau a função manifesta da solução dos conflitos de leis.

Ressalte-se ainda, que da mesma forma que não se pretende o abandono por completo da estrutura clássica da regra de conflito, a análise de base consequencialista que se propõe não se baseia exclusivamente no filtro da liberdade, já que também considera os resultados à luz da dignidade da pessoa, na confirmação de direitos humanos e na proteção de partes hipossuficientes. Tal aspecto é importante para evitar que, sob as vestes da autonomia da vontade, partes que tenham maior poder na relação imponham a aplicação de leis que resultem em violações à dignidade e aos direitos humanos na situação concreta.

Cumpre notar igualmente, que tal proposição não é inatingível, e inclusive encontra respaldo na legislação brasileira vigente desde a Constituição da Republica de 1988. O artigo 5º, inciso XXXI da Constituição³⁸⁶, reproduzido no

³⁸⁶ Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus";

artigo 10, paragrafo 1.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prevê um método de solução dos conflitos de leis relativos à sucessão de bens situados no Brasil, quando houverem herdeiros brasileiros. A regra de conflito insculpida nos artigos mencionados, conjuga parte da lógica da teoria clássica da estrutura da regra de DIPr, mas agrega uma etapa ao método de solução que exige do julgador a análise das consequências materiais da aplicação das leis em conflito, para então optar por aquela que beneficie em maior grau os herdeiros brasileiros.

O fato de que a referida regra decorre de artigo da Constituição, demonstra a influência dos direitos fundamentais e da repersonalização do direito, ao se afastar da lógica oitocentista abstrata e patrimonialista, para colocar a pessoa no centro do ordenamento, de modo que a aplicação da lei deve atender ao interesse pessoal do nacional brasileiro.

Não obstante o avanço do artigo em comento, é mister ressaltar o fato de que, ainda que este se desapegue da definição mecânica de localização da relação de sucessão, considerando para a solução do conflito de leis o resultado material para os herdeiros brasileiros, o artigo ainda remete a uma ideia de “lei mais benéfica” que contribui para insegurança e dificuldade na determinação graças à vagueza do termo. Neste sentido, aplicando-se a proposta da tese, o artigo deveria ser relido ou reinterpretado para considerar a “lei mais benéfica” como aquela que expande no maior grau as liberdades dos herdeiros brasileiros e que assim fazendo, protege a sua dignidade ao máximo possível.

A proposta da tese, desta forma, consegue sistematizar e conjugar diferentes compreensões atualmente defendidas em relação ao DIPr, e busca oferecer um parâmetro concreto de caráter consequencialista que não afasta as regras de conexão clássicas, mas a elas se soma, para a solução dos conflitos de leis com base no filtro da liberdade como desenvolvimento. Assim, ao mesmo tempo que refuta a tese de superação completa das regras de conflito pelos Direitos Humanos, considera a confirmação ou violação destes como determinantes no resultado; ao mesmo tempo que refuta a autonomia da vontade absoluta quando esta traz malefícios à parte mais fraca ou viola sua dignidade, reconhece a eleição de lei pelas partes como meio importante para a remoção de

privações legalmente impostas por sistemas jurídicos nacionais; da mesma forma que enquanto refuta a solução mecanicista e formal da regra de conflito clássica, reconhece sua importância para orientar sobre o interesse regulatório dos Estados.

Nesta linha, por exemplo, alguns autores, como Toni Marzal Yetano e Yves Lequette defendem a possibilidade de aplicação da autonomia da vontade das partes no que se refere à escolha da lei aplicável em relações de família como forma de garantir a liberdade de se autodeterminar em suas relações familiares e de estatuto pessoal. Segundo Yetano, “recent developments [...], suggest that EU law protects party autonomy in all issues regarding personal status.”³⁸⁷

A conclusão de Yetano pode parecer um pouco precipitada, apesar de se poder extrair das decisões recentes, que as Cortes confirmaram situações em que as partes atraíram para si a aplicação de alguma lei estrangeira de forma consciente para poderem se autodeterminar de acordo com as suas vontades. No entanto, a análise da fundamentação das decisões demonstra uma preocupação muito maior com a concretização de direitos humanos do que efetivamente a concretização da liberdade de escolha da lei aplicável, ainda que se possa admitir que essas duas questões se confundam em algum grau.

Como será trabalhado adiante no capítulo 6, a autonomia da vontade das partes tem lugar na teoria do DIPr funcionalizado ao Desenvolvimento Humano, e muitas vezes pode ser suficiente para garantir a expansão das liberdades das partes, por meio da chancela jurídica das escolhas das partes. Entretanto, ao contrário do que defendem os autores citados, a autonomia da vontade não seria suficiente por si só para garantir a aplicação da melhor lei, principalmente quando houver ausência de instrumentos substanciais para a escolha da lei, bem como nas situações em que a lei escolhida pelas partes tiver condão de prejudicar a parte mais fraca ou hipossuficiente na relação.

Destarte, ainda que os posicionamentos das cortes da comunidade europeia sejam no sentido de uma confirmação da possibilidade de escolha da lei aplicável em situações que envolvam estatuto pessoal, a teoria de Sen aplicada ao DIPr segue como importante contributo, principalmente quando se considera a

³⁸⁷ YETANO, Toni Marzal. The constitutionalisation of party autonomy in european family law. **Journal of Private International Law**, v.6, n.1, p.158, Apr. 2010.

liberdade substancial dos agentes em escolherem uma determinada lei para reger suas relações.

Note-se neste prisma que, a pura e simples liberdade formal de escolha de lei aplicável para reger uma relação de família ou buscando a confirmação de um ideal de projeto parental, não será necessariamente boa às partes envolvidas, seja porque o agente não desfruta de liberdades substanciais que o empoderem para a tomada de decisão quanto à lei a que se submete, seja porque a relação conta com uma parte hipossuficiente que será lesada pela escolha da lei que lhe foi imposta.

Neste sentido, entende-se que, ainda que a autonomia da vontade das partes (no sentido do DIPr de escolha da lei aplicável pelas partes interessadas) seja um instrumento capaz de expandir as liberdades positivas e substanciais, ela não é suficiente, por si só, para sistematizar um método de conflito de leis que seja apto a solucionar os problemas vivenciados pelas sociedades contemporâneas.

Por outro lado, a adoção de um método conflitual que tome por base a teoria de Sen aplicada aos conflitos de leis, e que, portanto, agregue às regras de conflito existentes uma etapa metodológica filtrada pela consequência objetiva do Desenvolvimento Humano para as partes envolvidas, poderia considerar ou não a liberdade de escolha da lei como regra de conexão, após analisados os resultados materiais decorrentes da aplicação de cada lei em conflito sob o prisma da liberdade e da dignidade.

Tal método, sugere-se, possibilitaria um maior grau de desenvolvimento aos envolvidos, na medida que permitisse a aplicação da lei com maior capacidade de eliminar barreiras à liberdade geralmente impostas por um determinado direito nacional. Logo, a autonomia da vontade e o filtro da liberdade não se excluem, mas se complementam. Por meio da aplicação de direito estrangeiro que permita que a pessoa tome a decisão ponderada na qualidade de agente, mas que igualmente o juiz, diante de uma situação com conexão internacional e que requeira a solução do conflito de leis, possa buscar, dentre as regras possivelmente aplicáveis, aquela que aumente em maior grau as liberdades positivas e substanciais do agente.

Como notou Yetano,³⁸⁸ as Cortes Europeias já se pronunciaram em alguns casos nos quais as regras de DIPr dos países envolvidos foram superadas em prol

³⁸⁸ YETANO, Toni Marzal. The constitutionalisation of party autonomy in european family law. **Journal of Private International Law**, v.6, n.1, p.156, Apr. 2010.

de um resultado que fosse mais justo, tomando-se a ideia de justiça como aquela que promove a maior expansão das liberdades das pessoas e o respeito aos Direitos Humanos.

Dois exemplos que merecem destaque foram casos que lidaram com questões de sobrenomes dentro da União Europeia. Tendo em vista que os diversos países-membros tem regras diferentes sobre transmissão do sobrenome e registro de pessoas, algumas situações geram conflitos dentro do contexto comunitário europeu, graças à possibilidade de livre trânsito de bens, pessoas e capitais por estes diferentes cenários jurídicos.

Na sequência, proceder-se-á a análise de casos europeus, americanos e brasileiros, que servirão para demonstrar de que forma a etapa metodológica proposta já pode de certa forma ser identificada em sua aplicação pelos tribunais (ainda que se possa argumentar que de forma inconsciente), e como estas decisões contribuíram para o aumento de liberdades substanciais e positivas das partes envolvidas. A pretensão é também de aclarar como a funcionalização proposta refletiria nas regras de conflito já existentes e de que forma o filtro da liberdade deve ser interpretado nos casos concretos.

Assim, os dois primeiros casos, *Garcia Avello* e *Grunkin-Paul*, tratam de situações nas quais as regras clássicas foram flexibilizadas em prol de decisões mais justas que atendessem as necessidades das partes envolvidas, incrementando suas liberdades. Já o caso *Wagner* é emblemático para demonstrar, além da flexibilização da regra de conflito, a chancela jurídica à autodeterminação e a supremacia da dignidade humana e da preservação da vida privada e familiar no reconhecimento de situações validamente constituídas no estrangeiro. O caso *In re Estate of Clark*, por sua vez, ilustra de que forma o filtro da liberdade como desenvolvimento e a dignidade da pessoa podem se sobrepor à autonomia da vontade, em prol da proteção da parte hipossuficiente. Por fim, um caso brasileiro envolvendo o inventário de C. L. da S., que ilustra a aplicação do artigo 5º, XXXI da Constituição a uma questão de sucessão internacional, que demonstra em linhas gerais de que forma a análise funcional de cunho consequencialista deve ser realizada para se identificar a lei aplicável em um determinado caso.

2.1 GARCIA AVELLO E GRUNKIN-PAUL

O primeiro exemplo a ser explorado foi o conhecido caso Garcia Avellom,³⁸⁹ que envolvia um casal em que o marido era espanhol e a esposa belga, e que residiam na Bélgica. Os filhos do casal tinham dupla cidadania, belga e espanhola, e era o desejo dos pais que ambos tivessem os sobrenomes tanto do pai quanto da mãe, conforme a lei espanhola previa e conforme constava de seus passaportes espanhóis.

Seguindo as previsões da lei Belga, as autoridades belgas, na pessoa do Ministro da Justiça, negaram a aplicação feita pelos pais em 7 de novembro de 1995, requerendo que os sobrenomes de seus filhos fossem alterados para Garcia Weber, como registrados na Espanha. Em 1º de Dezembro de 1997, o Ministério da Justiça informou o sr. Garcia Avello que sua aplicação havia sido rejeitada, utilizando-se das seguintes palavras:

The Government takes the view that there are insufficient grounds to propose to His Majesty the King that he grant you the favour of changing your surname to Garcia Weber. Any request for the mother's surname to be added to the father's, for a child, is habitually rejected on the ground that, in Belgium, children bear their father's surname.³⁹⁰

O Ministério da Justiça baseou sua decisão em dois artigos do Código Civil Belga. O artigo 3 conta com a seguinte previsão: “as leis que regem o estatuto pessoal e capacidade devem se aplicar aos nacionais belgas, mesmo se residirem fora do território Belga.”³⁹¹ Já o artigo 335 do mesmo diploma, em seu capítulo V, denominado “Efeitos da Filiação”, prevê que: “Uma criança cuja filiação paterna é estabelecida sozinha ou que a filiação paterna e materna é estabelecida ao mesmo tempo, deverá portar o sobrenome de seu pai a menos que o pai seja casado e

³⁸⁹ União Europeia, Corte de Justiça Europeia. **Case C-148/02**. Carlos Garcia Avello v. Belgian State. Julgamento em 02/10/2003.

³⁹⁰ O Governo considera que não há motivos suficientes para propor a Sua Majestade o Rei que lhe conceda o favor de mudar seu sobrenome para Garcia Weber. Qualquer pedido para que o sobrenome da mãe seja acrescentado ao do pai, para uma criança, é habitualmente rejeitado com base no facto de, na Bélgica, as crianças terem o sobrenome do pai.” (trad. livre). **Carlos Garcia Avello v. Belgian State**, §18.

³⁹¹ “The laws governing personal status and capacity shall apply to Belgian nationals, even if they are resident outside Belgium.” **Belgian Civil Code**, article 3.

reconheça a criança como concebida durante o casamento por uma mulher outra que não sua esposa.”³⁹²

Da leitura da regra de conexão acima, nota-se o apego desta à teoria da nacionalidade de Mancini como regente das questões de estatuto pessoal e capacidade, independente do domicílio ou residência do cidadão, e ao mesmo tempo, o apego à localização apriorística da relação com base em interesses do Estado e não da pessoa, além de se identificar a regra exposta como unilateral.

Em 29 de janeiro de 1998, o sr. Garcia Avello, atuando em sua capacidade de representante de seus filhos, submeteu pedido de anulação da decisão perante o Conselho de Estado, que confrontado com a decisão optou por suspender o procedimento e submeter consulta à Corte de Justiça Europeia, diante do aparente conflito entre as normas belgas e as normas comunitárias da UE, em especial as presentes nos artigos 17 e 18 do tratado da Comunidade Europeia (EC). O questionamento submetido à corte foi o seguinte:

Are the principles of Community law relating to European citizenship and to the freedom of movement of persons, enshrined particularly in Articles 17 [EC] and 18 [EC], to be interpreted as precluding the Belgian administrative authority, to which an application to change the surname of minor children residing in Belgium who have dual Belgian and Spanish nationality has been made on the ground, without other special circumstances, that those children should bear the surname to which they are entitled according to Spanish law and tradition, from refusing that change by stating that that type of application is habitually rejected on the ground that, in Belgium, children bear their father's surname, particularly where the position usually adopted by the authority results from the fact that it considers that the grant of a different surname may, in the context of social life in Belgium, arouse questions as to the parentage of the child concerned, but that, in order to reduce the difficulties associated with dual nationality, it is suggested to applicants in that situation that they adopt only the father's first surname, and that, exceptionally, where there are few connecting factors to Belgium or it is appropriate to re-establish the same surname among siblings, a favourable decision may be taken?”³⁹³

³⁹² “A child whose paternal filiation alone is established or whose paternal and maternal filiation is established at the same time shall bear the surname of its father unless the father is married and recognises a child conceived during marriage by a woman other than his spouse.” **Belgian Civil Code**, article 335.

³⁹³ Os princípios do direito comunitário relativos à cidadania europeia e à livre circulação de pessoas consagrados, designadamente nos artigos 17. [CE] e 18. [CE], devem ser interpretados no sentido de que excluem a autoridade administrativa belga, à qual é apresentado um pedido de alteração do regulamento? O apelido dos filhos menores que residem na Bélgica e que tenham dupla nacionalidade belga e espanhola no território, sem outras circunstâncias especiais, de que essas crianças tenham o apelido a que têm direito de acordo com a lei e a tradição espanholas, recusem essa alteração. declarando que esse tipo de pedido é

O questionamento submetido à ECJ é extremamente importante e esclarecedor para os fins da presente tese, porquanto coloca justamente a questão da alocação da capacidade regulatória como fundamento para a negativa de alteração do sobrenome, que se baseia única e exclusivamente no interesse do Estado Belga em determinar questões relativas a ascendência dentro do Estado Belga. A partir da função manifesta clássica do DIPr, em tese o Estado Belga teria todo o direito de definir a regra de conexão presente no artigo 3 de seu Código Civil, ao estabelecer o seu interesse apriorístico de regulação de questões relativas à ascendência internamente, e unilateralmente alocar para si a capacidade regulatória para tanto. Sob esta lógica, e aplicando-se a regra de conexão belga, o resultado material atenderia aos interesses do Estado Belga, mas ao mesmo tempo, inegavelmente representaria um obstáculo ao desenvolvimento das crianças, que encontrariam dificuldades no exercício de suas liberdades, ou ainda, uma diminuição quantitativa em seus “funcionamentos”³⁹⁴ por conta de terem sobrenomes diferentes nos países que detinham nacionalidade.

O conceito utilizado por Amartya Sen de “funcionamentos” representa um importante instrumento avaliatório dentro da teoria do autor, e que merece aqui ser analisado em face de uma situação concreta como o caso *García Avello*. Sen desenvolve o conceito de funcionamentos, que refletiria “as várias coisas que uma pessoa pode considerar valioso fazer ou ter”³⁹⁵ como sendo o “espaço apropriado” da avaliação das liberdades substantivas, em oposição às utilidades e aos bens primários, conforme sugerido pelos “welfaristas” e John Rawls, respectivamente.³⁹⁶ Neste sentido, para Sen, “se o objetivo é concentrar-se na oportunidade real de o indivíduo promover seus objetivos, então será preciso levar em conta não apenas os

habitualmente rejeitado pelo facto de, na Bélgica, as crianças terem o apelido do pai, sobretudo quando a posição geralmente adoptada pela autoridade resulta do facto de considerar que a concessão de um apelido diferente pode, no contexto da vida social na Bélgica, suscitar questões quanto à ascendência da criança em causa, mas que, a fim de reduzir as associadas à dupla nacionalidade, sugere-se aos candidatos que, nessa situação, adoptem apenas o primeiro apelido do pai e, excepcionalmente, onde existam poucos elementos de conexão à Bélgica ou seja adequado restabelecer o mesmo apelido entre irmãos, uma decisão favorável pode ser tomada?” (trad. livre). **Carlos García Avello v. Belgian State**, §19.

³⁹⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p.104.

³⁹⁵ SEN, loc. cit.

³⁹⁶ SEN, loc. cit.

bens primários que as pessoas possuem, mas também as características pessoais relevantes que governam a *conversão* de bens primários na capacidade da pessoa promover seus objetivos.”³⁹⁷ A capacidade de uma pessoa no pensamento de Sen consiste assim “nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela”, funcionamentos estes que variam em grau e quantidade representados por um “número real” a que o autor denomina vetor de funcionamento. O “conjunto capacitário” consistiria, portanto, “nos vetores de funcionamento alternativos dentre os quais a pessoa pode escolher.”³⁹⁸

O conceito importa na análise para auxiliar a compreensão sobre como o conflito de leis deve ser resolvido para o ampliado das liberdades, e como a aplicação de leis sem o filtro proposto pode diminuir o grau ou a quantidade de funcionamentos que a pessoa tem a sua disposição. No caso Garcia Avello por exemplo, a negativa das autoridades belgas em registrar o sobrenome conforme requerido, diminuiria o grau e as quantidades de funcionamentos disponíveis para os menores, que poderiam ir desde a dificuldade de estabelecimento em outro país membro do bloco, dificuldades para obtenção de documentos e vistos, até dificuldades relacionadas a pequenas atividades como compra de passagens entre Bélgica e Espanha, por exemplo. Se pensado em termos de funcionamentos, cada uma dessas dificuldades tem o potencial de diminuir a quantidade de funcionamentos disponíveis à pessoa e assim tolher sua liberdade substancial.

A ECJ analisando a questão, considerou que a postura das autoridades belgas em recusar o registro do sobrenome dos filhos de acordo com a lei espanhola violava o princípio da não-discriminação, vigente na Comunidade Europeia e essencial para o bom funcionamento do bloco e do mercado interno, e assim entendeu que fazer com que os menores tivessem dois nomes diferentes em dois países diferentes causaria transtornos aos interessados na obtenção de reconhecimento de diplomas e outros documentos nos diferentes países, devendo portanto a lei espanhola se sobrepor à belga, ainda que a regra de conflito aplicável dissesse o contrário. Note-se que o fundamento da decisão, ainda que tenha sido no sentido de resguardar o princípio da não-discriminação, pode ser lido sob as lentes da liberdade substancial, e nesta medida, do Desenvolvimento Humano.

³⁹⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p.104.

³⁹⁸ Ibid., p.105.

A postura da ECJ na decisão do caso Garcia Avello é também iluminadora da mudança sofrida pelo DIPr europeu com a criação da UE, e a alteração da função dos conflitos de leis dentro do contexto comunitário. Neste sentido, ainda que a corte não tenha se fundado expressamente na ideia de expansão das liberdades em prol do Desenvolvimento Humano como aqui se propõe, é nítida a mudança de postura em relação à função manifesta das regras de DIPr dentro do direito europeu, que busca como consequências objetivas facilitar e viabilizar as relações intra-bloco, e o consequente fortalecimento do mercado interno. Não obstante, ainda que indiretamente, a decisão da ECJ contribuiu com a expansão das liberdades substanciais e positivas das crianças envolvidas, - liberdades estas consideradas fundamentais pela corte dentro do Tratado da Comunidade Europeia – ao permitir que de um lado mantivessem o sobrenome que valorizavam, e de outro, incrementando suas liberdades instrumentais de agente ao facilitar o transito dentro do bloco, não só das crianças, como seus documentos, diplomas, etc. Merece transcrição parte da decisão:

That conclusion cannot be invalidated by the fact that the children involved in the main proceedings also have the nationality of the Member State in which they have been resident since their birth and which, according to the authorities of that State, is by virtue of that fact the only nationality recognised by the latter. **It is not permissible for a Member State to restrict the effects of the grant of the nationality of another Member State by imposing an additional condition for recognition of that nationality with a view to the exercise of the fundamental freedoms provided for in the Treaty** (see in particular, to that effect, Case C-369/90 Micheletti and Others [1992] ECR I-4239, paragraph 10). Furthermore, Article 3 of the Hague Convention, on which the Kingdom of Belgium relies in recognising only the nationality of the forum where there are several nationalities, one of which is Belgian, does not impose an obligation but simply provides an option for the contracting parties to give priority to that nationality over any other.³⁹⁹

³⁹⁹ “Esta conclusão não pode ser infirmada pelo facto de as crianças envolvidas no processo principal terem também a nacionalidade do Estado-Membro em que residem desde o nascimento e que, segundo as autoridades desse Estado, é, por esse facto, a única nacionalidade reconhecida por este último. Não é admissível que um Estado-Membro limite os efeitos da concessão da nacionalidade de outro Estado-Membro, impondo uma condição adicional para o reconhecimento dessa nacionalidade, com vista ao exercício das liberdades fundamentais previstas no Tratado (v. em particular, neste sentido, acórdão de 10 de Julho de 1992, Micheletti e o. (C 369/90, Colect., p.I 4239, n.º 10). Além disso, o artigo 3.º da Convenção da Haia, em que o Reino da Bélgica se baseia em reconhecer apenas a nacionalidade do foro com várias nacionalidades, uma das quais é a belga, não impõe uma obrigação, mas apenas prevê uma opção para as partes contratantes. para dar prioridade a essa nacionalidade sobre qualquer outra.” (trad. livre). **Carlos Garcia Avello v. Belgian State**, §28. (grifamos).

Aqui, cabe notar que a decisão reconhece que não é permitida a imposição de condições à nacionalidade que importem em restrições ao exercício das liberdades fundamentais previstas no tratado, liberdades fundamentais estas que se realizam sob a forma de funcionamentos, conforme tratado anteriormente.

A ECJ, ao decidir o caso *Garcia Avello*, definiu como regra o fato de não ser permissível a um Estado Membro impor condições que obstaculizem o exercício de liberdades fundamentais previstas pelos tratados da UE. Ao adotar tal postura, a decisão da ECJ se alinha com a proposta da tese, ainda que utilizando vetor diferente para a funcionalização da regra mas atingindo o mesmo resultado.

Outro exemplo semelhante foi o caso *Grunkin-Paul*, julgado pela ECJ em outubro de 2008. Neste caso, Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul moveram ação perante as cortes alemãs em face da *Standesamt Niebüll* (Conservatória do Registro Civil de Niebüll), pelo fato de que o agente notarial teria se recusado a reconhecer o sobrenome do filho do casal Leonhard Matthias, da forma com que foi registrado na Dinamarca, local de seu nascimento. Stefan Grunkin e Dorothee Paul, ambos alemães, viviam na Dinamarca quando do nascimento de seu filho em 1998. Leonhard Matthias também tinha nacionalidade alemã, porém foi registrado na Dinamarca no seu nascimento e lá residia, tendo recebido, abrigado pela lei dinamarquesa, o sobrenome *Grunkin-Paul*. O direito alemão prevê, no §10, n.1, da lei de introdução ao código civil (EGBGB) que “os nomes das pessoas regem-se pela lei do Estado da sua nacionalidade”, e sob esse argumento, o órgão notarial do Registro Civil alemão recusou reconhecimento ao nome que fora dado a Leonhard na Dinamarca, por entender que o direito alemão não permitia a utilização de dois sobrenomes, devendo o sobrenome ser determinado de acordo com os termos do §1617, 1, do BGB.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ “(1) If the parents do not share a married surname but have joint custody of the child, they shall, by declaration before a registrar, choose either the father’s or the mother’s surname at the time of the declaration to be the surname given to the child at birth. ...
(2) If the parents have not made that declaration within a period of one month following the child’s birth, the Familiengericht [Family Court] shall transfer the right to determine the child’s surname to one of the parents. Subparagraph 1 shall apply mutatis mutandis. The court may lay down a time-limit for the exercise of that right. If the right to choose the child’s surname has not been exercised on the expiry of that period, the child shall bear the surname of the parent to whom the right was transferred.

Assim como a regra de conflito belga vista acima, a regra do §10(1) do EBGB também reflete o apego do DIPr daquele país às teorias de Mancini e Savigny, porquanto de um lado define a nacionalidade como regra para determinação da capacidade e do estatuto pessoal, e de outro provê regra neutra que define interesses regulatórios *a priori* e que não considera assim os interesses privados envolvidos na questão.

Após a negativa das autoridades alemãs em condenar o órgão notarial a reconhecer o sobrenome de Leonhard, o Amtsgericht Flensburg suspendeu o processo e submeteu à corte o seguinte questionamento prejudicial:

“Tendo em conta a proibição de discriminação contida no artigo 12.º CE ou o direito à livre circulação conferido pelo artigo 18.º CE a todos os cidadãos da União, pode a norma de conflitos alemã consagrada no §10 da EGBGB manter-se, na medida em que, no que respeita às normas que regem a determinação do apelido, tem por base exclusivamente a nacionalidade?”⁴⁰¹

Respondendo a tal questionamento, a corte entendeu que ainda que não houvesse discriminação em razão da nacionalidade (art. 12.º), havia no caso violação ao direito à livre circulação, na medida que a diferença entre os sobrenomes de Leonhard na Dinamarca e na Alemanha causaria “sérios inconvenientes aos interessados”⁴⁰² em atos da vida quotidiana que demandam de alguma forma a prova da identidade. Ressalte-se que os inconvenientes a que a Corte se refere, significam limitações concretas e desproporcionais a funcionamentos relevantes que deveriam integrar o conjunto capacitário dos membros do bloco.

Note-se que nesta decisão, a Corte Europeia justifica a superação da norma de conflito alemã (e a sua releitura) com base justamente na expansão das liberdades, em especial naquela desfrutada pelos cidadãos comunitários: “Há que recordar que uma legislação nacional que é desfavorável a certos cidadãos nacionais,

(3) Where a child is born outside German territory, the court shall not transfer the right to choose the child's surname in accordance with subparagraph 2 unless either a parent or the child so requests or unless it is necessary to record the child's surname on a German registration or identity document.” BGB, §1617.

⁴⁰¹ C-353/06 - Grunkin and Paul. Judgement ECLI:EU:C:2008:559. Disponível em: <Erro! A referência de hiperlink não é válida.>. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁴⁰² C-353/06, loc. cit.

pelo simples facto de terem exercido a sua liberdade de circular e permanecer noutro Estado-Membro, constitui uma restrição às liberdades reconhecidas pelo artigo 18.º, n.º 1, CE a qualquer cidadão da União (acórdãos de 18 de Julho de 2006, De Cuyper, C-406/04, Colect., p.I-6947, n.º 39, e de 22 de Maio de 2008, Nerkowska, C-499/06, ainda não publicado na Colectânea, n.º 32).⁴⁰³

A corte europeia reconheceu, neste caso, a importância e precedência das liberdades individuais sobre as regras conflituais nacionais, expandindo a liberdade substancial do agente ao permitir que utilize o mesmo sobrenome e possa transitar livremente pelo território europeu, podendo, portanto, exercer a liberdade positiva de se autodeterminar.

Andreas Bucher, comentando o caso *Grunkin-Paul* aduz que

Quels sont donc les effets de cette jurisprudence? Elle ne modifie pas les règles de conflit de lois, attributives, en matière de nom, car elle ne juge que de la situation concrète qui s'en dégage dans le cas particulier, au regard de la liberté de circuler et de séjour, ainsi que, accessoirement, du principe de non-discrimination selon la nationalité. Cependant, elle affecte la pertinence de ces règles indirectement, puisque, dès qu'un nom a été formé concrètement, ces règles doivent laisser la place aux règles de conflit réceptives résultant des libertés fondamentales.⁴⁰⁴

A visão de Andreas Bucher traduz parte do que se propõe na presente tese. Note-se que a jurisprudência da ECJ não suplantou ou revogou a previsão do §10 do EGBGB, mas tão somente superou a aplicação da regra de conflito para aplicar uma lei diferente daquela apontada, e que, no caso concreto, fornecia às partes interessadas um grau maior de liberdades substanciais e positivas.

Por outro lado, Bucher interpreta a jurisprudência da ECJ como mera confirmação de uma situação concreta e válida, algo similar à antiga teoria americana dos *vested rights*, e que atualmente se traduz principalmente pelo método de reconhecimento das situações, defendido por Paul Lagarde e Pierre Mayer. Ainda que

⁴⁰³ C-353/06 - Grunkin and Paul. Judgement ECLI:EU:C:2008:559. Disponível em: <Erro! A referência de hiperlink não é válida.>. Acesso em: 27 nov. 2017.

⁴⁰⁴ "Quais são os efeitos desta jurisprudência? Não modifica as regras de conflito de leis, atributivas, em termos de nome, porque considera apenas a situação concreta que emerge no caso particular, no que diz respeito à liberdade de movimento e permanência, bem como incidentalmente, o princípio da não-discriminação de acordo com a nacionalidade. No entanto, isso afeta indiretamente a relevância dessas regras, já que, assim que um nome for formalmente formado, essas regras devem deixar espaço para regras de conflito receptivas resultantes de liberdades fundamentais." (trad. livre). BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des Cours*, v.341, p.369, 2009.

se considere aqui a validade da teoria do método de reconhecimento de situações e que inclusive se defenda este método como componente da sistematização proposta na presente tese, discorda-se da interpretação estreita que foi dada a ela por Andreas Bucher. Isto porque, em uma análise mais ampla, a ECJ não só reconheceu uma situação concretamente formada, mas ao mesmo tempo aplicou uma regra de conflito diferente daquela prescrita na *lex fori* para aplicar uma que aumentava o grau de liberdade das partes.

Já Yetano,⁴⁰⁵ comentando a mesma situação, verifica a questão desde a perspectiva da autonomia da vontade das partes, defendendo que o posicionamento da ECJ e da Corte Europeia de Direitos Humanos (“ECHR”) demonstra que as cortes estariam confirmando leis conscientemente escolhidas pelas partes, ao passo que reconhecem a obtenção de direitos a partir de leis estrangeiras que não teriam conexão com estas não fosse por escolha consciente e voluntária, como exemplifica no caso *Wagner*.

2.2 WAGNER

O caso *Wagner*⁴⁰⁶ é outro caso bastante emblemático para se demonstrar o potencial do DIPr para expandir liberdades substanciais e positivas. Este caso, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (“ECHR”) envolvia uma mulher solteira, nacional de Luxemburgo, que viajou ao Peru para adotar uma criança, tendo em vista que as leis nacionais de Luxemburgo excluía a possibilidade de que pessoas solteiras obtivessem *full adoption*, entendida como aquela adoção que corta laços com a família original.

Após obter legalmente a adoção no Peru, a senhorita Wagner retorna a Luxemburgo e requer às cortes daquele país o reconhecimento da sentença de adoção realizada no país estrangeiro, que se deu estritamente de acordo com as leis lá vigentes, para fins de registro civil da criança, aquisição da nacionalidade luxemburguesa e o estabelecimento da residência permanente da criança em Luxemburgo.

⁴⁰⁵ YETANO, Toni Marzal. The constitutionalisation of party autonomy in european family law. **Journal of Private International Law**, v.6, n.1, p.160, April 2010.

⁴⁰⁶ ECHR case 76240/01, **Wagner and JMWL v. Luxembourg**, 28 June 2007.

A corte de Luxemburgo recusou reconhecer a adoção, sob o fundamento de que o julgamento que concedeu a *full adoption* se deu em contradição às leis de Luxemburgo, aplicáveis em razão das regras de DIPr daquele país que apontavam para aplicação do direito de Luxemburgo à situação, direito este que proibia a adoção tal como pretendida.

A apelação da srta. Wagner tocou em argumentos que se embasavam no Tratado da Comunidade Europeia, em especial o artigo 8 (direito ao respeito pela vida privada e familiar), e que a colocação da lei Luxemburguesa acima de um acordo internacional para fins de recusa de execução violaria a previsão do artigo 8. A Corte de Apelações de Luxemburgo, entretanto, confirmou a decisão atacada, e considerou que a corte de primeira instância havia decidido corretamente que a decisão peruana estava em contradição com a lei luxemburguesa, e que, portanto, seria desnecessária a análise pleiteada pela srta. Wagner de compatibilidade com “boas relações internacionais.”⁴⁰⁷

Em recurso à Corte de Cassação, novamente a srta. Wagner restou vencida. A Corte de Cassação não considerou os argumentos da srta. Wagner relativos ao artigo 8 CE, por entender que o argumento “não correspondia a um fundamento de apelação que requer uma resposta, dada sua duvidosa, vaga e imprecisa natureza.”

A ECHR instada a se manifestar, decidiu neste caso que a recusa das cortes de Luxemburgo em reconhecer a relação que havia sido consagrada pelo judiciário peruano e que representava a realidade de fato da situação, seria contrária tanto ao direito fundamental de respeito à privacidade e à vida em família como também do princípio da não discriminação.⁴⁰⁸ A corte utilizou a seguinte fundamentação, com base no artigo 8 CE:

Article 8 – This Article was applicable: Ms Wagner had behaved as the child's mother in every respect since the Peruvian adoption judgment, so “family ties” existed de facto between them. The refusal to declare the Peruvian judgment enforceable – which stemmed from the absence of provisions in Luxembourg law enabling a single person to be granted full

⁴⁰⁷ O pleito de apelação da srta. Wagner argumentava que com base na ideia de *comity* e reciprocidade das relações internacionais, o julgamento peruano deveria ser reconhecido e confirmado pelas cortes de Luxemburgo. (Nota do Autor).

⁴⁰⁸ YETANO, Toni Marzal. The constitutionalisation of party autonomy in european family law. **Journal of Private International Law**, v.6, n.1, p.163, Apr. 2010.

adoption of a child – amounted to “interference” with the applicants’ right to respect for their family life. The aim had been to protect the “health or morals” and the “rights and freedoms” of the child. The question remained whether the interference had been “necessary in a democratic society”. A broad consensus existed in the Council of Europe on the issue of adoption by unmarried persons, which was permitted without further restrictions in most of the member States.⁴⁰⁹

A fundamentação da ECHR, a exemplo daquelas verificadas nos casos decididos pela ECJ, demonstra a preponderância dos direitos fundamentais definidos pelo Tratado da CE em relação às regras de DIPr nacionais dos Estados Membros. Novamente, extrai-se claramente da lei luxemburguesa o carácter unilateral da regra de conexão, que aponta para a aplicação da lei de Luxemburgo em uma alocação de capacidade regulatória que respeita e atende unicamente aos interesses do Estado em regular determinada conduta. A exemplo do que se viu nos casos Belga e Alemão, o DIPr interno dos países europeus ainda encontra raízes profundas nas teorias clássicas de Savigny e Mancini, e ainda consideram a aplicação das regras de conflito com desapego ao resultado material e a sua relação com os interesses privados das partes.

Ressalte-se que a razão por trás da regra luxemburguesa da adoção tinha como pretensão proteger a “saúde e a moral” bem como os “direitos e liberdades” das crianças. Este interesse regulatório do Estado na visão luxemburguesa deveria se sobrepor aos interesses privados envolvidos na relação jurídica em comento, e por isso atraía para si a capacidade de regular situações desta natureza em seu território. Entretanto, na visão da ECHR, a aplicação da lei conforme apontada pela regra de conexão do foro constituía interferência no direito fundamental da srta. Wagner de respeito pela vida familiar.

⁴⁰⁹ Artigo 8 - Este artigo era aplicável: Wagner tinha se comportado como a mãe da criança em todos os aspectos desde o julgamento da adoção peruana, de modo que “laços familiares” existiam de fato entre eles. A recusa em declarar a sentença executória peruana - que resultou da ausência de provisões na lei luxemburguesa que permitisse a uma única pessoa a adoção integral de uma criança - equivalia a “interferir” no direito das recorrentes de respeitar sua vida familiar. O objetivo era proteger a “saúde ou moral” e os “direitos e liberdades” da criança. Permanecia a questão de saber se a interferência tinha sido “necessária em uma sociedade democrática”. Um amplo consenso existia no Conselho da Europa sobre a questão da adoção por pessoas não casadas, o que era permitido sem maiores restrições na maioria dos Estados membros.” (trad. livre). ECHR case 76240/01, **Wagner and JMWL v. Luxembourg**, 28 June 2007.

Dentro da proposta desta tese, a decisão da ECHR no caso Wagner foi acertada, ao incluir etapa metodológica na solução dos conflitos de leis, que considerou para a aplicação da lei não apenas critérios de interesse de capacidade regulatória, mas outros fatores qualitativos para localizar a relação. Ademais, cumpre notar que a definição da lei aplicável desconsiderou a política pública subjacente à impossibilidade de adoção por mulheres solteiras em Luxemburgo, com base em ideais democráticos, ao considerar em sua análise se a interferência pretendida pelo Estado Luxemburguês seria legítima e “necessária em uma sociedade democrática.” Nesta esteira, é importante atentar, na solução dos conflitos de leis, para os interesses de todas as partes envolvidas, e, conforme proposto anteriormente, em casos de conflito entre estes interesses, deve-se optar pela proteção da parte mais fraca na relação.

No caso Wagner especificamente, a decisão da ECHR a nosso ver incrementa as liberdades substanciais e positivas não só da srta. Wagner, como também da menor, que ao receber a nacionalidade luxemburguesa e encontrar um lar junto à srta. Wagner, terá maiores condições de se desenvolver do que em um orfanato no Peru, ampliando assim a capacidade de realização de funcionamentos relevantes.

A parte de críticas que possam ser dirigidas à fundamentação da ECHR para se chegar a esta decisão e os desdobramentos que daí decorrem – e que serão analisados em momento oportuno - importa ressaltar novamente que a superação da regra de conflito clássica neste caso foi responsável pela expansão das liberdades substanciais e positivas da senhorita Wagner e da criança, em linha com o que se propõe na presente tese.

É importante porém ressaltar o fato de que a fundamentação destas decisões abrem um amplo espaço para o debate sobre o que as Cortes Europeias realmente pretendem valorizar em situações que envolvem conflitos de leis. Tanto aqueles que defendem a adoção pelas Cortes do método de reconhecimento das situações, como os que defendem a confirmação da supremacia da autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável, encontram mérito e fundamento para estas conclusões.

No entanto, o que a presente tese propõe é que todas essas formas são complementos para regras de conflito que devem se voltar à expansão das liberdades

na solução dos conflitos de leis, e que formam um sistema de DIPr voltado à concretização dos Direitos Humanos e principalmente o desenvolvimento humano.

Os exemplos utilizados servem para ilustrar de que forma o DIPr contribuiria para a expansão de liberdades reais se fosse funcionalizado para tanto. A remoção das fontes de privação de liberdades através da aplicação de leis nacionais ou mesmo não-estatais é uma realidade promovida pelo DIPr, que pode e deve contribuir para o desenvolvimento humano, em especial nas relações familiares e pessoais. Hans Van Loon defende visão semelhante de aplicação do DIPr nestas situações:

Likewise, in the field of the law of persons and families, private international law should not block but facilitate and support cross- border relationships, including their financial and property aspects, and help avoid limping legal relationships, while recognizing that the impact of culture and traditions is generally more significant in this area than in the economic sphere.⁴¹⁰

Neste sentido, as normas de conflitos de leis funcionalizadas para a expansão das liberdades substanciais teriam o condão de facilitar e dar suporte às relações transfronteiriças, em especial as familiares, sem que isso signifique necessariamente a adoção de um ou outro modelo de tradição ou cultura. Como coloca Melina Fachin,

Não se trata da transposição de modelos alheios prontos e neocolonizadores que negam as particularidades culturais e locais. Ao expandir as liberdades substanciais dos sujeitos por meio da garantia de um núcleo mínimo de direitos, a extensão universal do desenvolvimento humano propicia o empoderamento, político e material, dando aos sujeitos voz ativa no processo de discussão e significação de seus destinos.⁴¹¹

O caso Wagner é assim emblemático para a presente tese, pois demonstra através da solução dos conflitos de lei como a expansão das liberdades fomenta o Desenvolvimento Humano daqueles envolvidos, propiciando o empoderamento político e material como propõe Melina Fachin, e permitindo às partes viver a vida conforme aquilo que valorizam, chancelando juridicamente estas escolhas.

⁴¹⁰ “Da mesma forma, no campo das leis de pessoas e famílias, o direito internacional privado não deve bloquear, mas facilitar e apoiar as relações internacionais, incluindo seus aspectos financeiros e patrimoniais, e ajudar a evitar relações jurídicas limitadas, reconhecendo que o impacto da cultura e tradições é geralmente mais significativa nesta área do que na esfera econômica.” (trad. livre). VAN LOON, Hans. The global horizon of private international law. **Recueil des Cours**, p.45, 2016.

⁴¹¹ FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, resignificação e emancipação. 2013. 485f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p.13. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6099/1/Melina%20Girardi%20Fachin.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

2.3 IN RE ESTATE OF CLARK

Outro caso interessante, que ilustra de que forma as regras de conflito podem ser funcionalizadas para o Desenvolvimento Humano e o seu diálogo com a autonomia da vontade, é o caso *In re Estate of Clark*,⁴¹² decidido pela Corte de Apelações de Nova Iorque em 1968. Ainda que este caso também não tenha se fundamentado na hipótese desta tese para alcançar a decisão, ele ilustra a etapa metodológica proposta, em especial no que se refere à proteção da parte mais fraca em contraposição à liberdade de determinação da lei aplicável pelas partes.

O referido caso colocou à corte a questão do direito de uma viúva em resistir à lei escolhida pelo seu falecido marido para reger suas disposições testamentárias. Mais especificamente, a possibilidade do marido, domiciliado no Estado da Virgínia, em eleger a lei de Nova Iorque para reger seu testamento, elidindo assim tratamento mais favorável dispensado à viúva no Estado da Virgínia.

Robert V. Clark Jr, faleceu em outubro de 1964, enquanto domiciliado no Estado de Virgínia, tendo sua viúva mantido o domicílio naquele Estado depois de sua morte. Sua herança, que consistia em propriedades em Virgínia e Nova Iorque, tinham valor acumulado superior a 23 milhões de dólares americanos, sendo que a maior parte do patrimônio consistia em valores mobiliários que estavam depositados em um banco no Estado de Nova Iorque.

Seu testamento, escrito em 1962, determinava que a residência do casal em Virgínia e seu conteúdo ficariam para a viúva, e criava em benefício dela um *“preresidual marital deduction trust”*, de acordo com o qual ela receberia a renda gerada por toda a vida, com poderes testamentários para alocar o principal do *trust*. Além disso, o testamento determinava que o residual da herança deveria ser posto em um trust tendo como beneficiária a mãe do de cujus. O testamento continha a seguinte provisão: “this Will and the testamentary dispositions in it and the Trusts set up shall be construed, regulated and determined by the laws of the State of New York.”⁴¹³

⁴¹² **In re Estate of Clark**, 21 N.Y.2d 478, (N.Y. 1968).

⁴¹³ “Este testamento e as disposições testamentárias nele constantes, e os *Trusts* criados devem ser interpretados, regulados e determinados pelas leis do Estado de Nova Iorque.” (trad. livre). **In re Estate of Clark**, p.480.

Segundo as leis vigentes no Estado da Virgínia, a viúva tinha o direito absoluto e incondicional de renunciar o testamento do marido e tomar posse de sua parte da herança que correspondia a 50% do patrimônio, extinguindo assim o *trust* estabelecido. Diante desta possibilidade, a viúva notificou os executores do *trust* de sua vontade de renunciar o testamento e receber a sua metade do quinhão. Diante da notícia, os executores do *trust* iniciaram procedimento na *Surrogate Court* de NY, alegando que o marido, ao incluir a cláusula de eleição de lei de regência para seu testamento, teria pretendido justamente impedir a esposa do seu direito de eleição de acordo com as leis do Estado da Virgínia, e que a seção 47 da Lei de Sucessões de NY requeria que se levasse a efeito tal propósito. A referida lei previa que disposições testamentárias de bens localizados em NY deveria ter seus efeitos e validade determinados de acordo com as leis de NY.

A *Surrogate Court* sustentando este argumento, deu ganho de causa aos executores. Em sede de apelação, entretanto, a Divisão de Apelações reverteu a decisão inferior, sob o argumento de que o direito de oposição da viúva deve ser determinada pela lei do domicílio das partes. A corte concluiu que “a seção 47 da lei de sucessões não era aplicável, porque o direito da viúva de herdar a despeito do testamento não decorre de disposição testamentária, mas em contrário, pretendia restringir o direito de se fazer uma disposição testamentária neste sentido.”⁴¹⁴

A Corte de Apelações de NY, após novo recurso, confirmou a decisão da Divisão de Apelações, para afastar a escolha de lei feita pelo marido falecido em favor da viúva. Na argumentação da sua opinião, a corte se baseou nos interesses do Estado da Virgínia em proteger as esposas sobreviventes lá domiciliadas, que se sobreporia aos interesses da lei de NY em confirmar a eleição de lei pelo *de cujus*.

O caso é interessante por demonstrar na prática a análise de interesse realizada pela corte para definição da lei aplicável, mas mais do que isso, serve para ilustrar situações em que a escolha da lei aplicável em exercício de autonomia

⁴¹⁴ “On appeal, the Appellate Division reversed, deciding that the widow's right to take in opposition to the will must be determined by the law of the domicile of the parties. Section 47—which relates solely to the decedent's ‘testamentary dispositions’ and their validity and effect—was inapplicable, the court concluded, because ‘the right of a widow to inherit despite the will is not a ‘testamentary disposition’ in any sense’ but is, on the contrary, ‘a restriction on the right to make a testamentary disposition.’ (28 A.D.2d 55, 57, 281 N.Y.S.2d 180, 183.)” **In re Estate of Clark**, p.483.

da vontade pelas partes, leva a resultados que não incrementam, mas ao contrário tohem, liberdades das partes envolvidas.

O caso *In re Estate of Clark* se presta assim para contrapor a ideia de que a autonomia da vontade por si só seria suficiente para garantir a expansão de liberdades às partes envolvidas. Neste viés, a tese proposta serviria como fundamento para se chegar em decisão similar, ao se contrapor as leis em conflito, e optar pela superação da regra de conexão (seja legal, seja escolhida pelas partes) com base nos resultados materiais obtidos com a aplicação de cada uma das leis, tendo como pano de fundo a função manifesta de fomentar o Desenvolvimento Humano. Em uma situação fática como a do caso *Clark*, o filtro da liberdade como desenvolvimento operaria por intermédio da análise dos interesses do falecido, da viúva, e dos Estados envolvidos, para se determinar qual das leis pretendidas por cada um seria capaz de aumentar as liberdades positivas e substanciais das partes envolvidas. Assim, considerando o interesse da viúva e aquele do Estado da Virginia, em contraposição ao interesse do falecido e do Estado de Nova Iorque, a lei da Virginia se imporia sobre a eleição do de cujus, pois o resultado aumentaria o grau de liberdades substanciais da viúva e protegeria sua dignidade como cônjuge meeira segundo a lei que esperava se aplicasse a ela, sem que se causasse uma diminuição nas liberdades ou expectativas da mãe do falecido, que ainda estaria recebendo parte da herança .

O DIPr funcionalizado ao Desenvolvimento Humano chegaria assim ao mesmo resultado, porém o faria por meio de um caminho interpretativo diferente, pois não se basearia na análise exclusiva do interesse estatal envolvido na questão, mas sim os resultados materiais, para determinar qual deles incrementaria em maior grau as liberdades substantivas e positivas das partes envolvidas.

2.4 TJSC - AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 20090162503 SC - G.C. E OUTROS V. E. DE V.N. REP. P/ INVENTE. C. L. DA S

O ultimo caso trazido a análise diz respeito a um caso de sucessão, cujo falecido era domiciliado no exterior, mas possuía bens no Brasil e herdeiros brasileiros. A questão, julgada em sede de Agravo de Instrumento, se remete à

irresignação dos herdeiros não brasileiros contra decisão que aplicou a lei brasileira para regular a ordem de vocação hereditária sobre os bens do de cujus situados em território nacional.

Conforme ventilado anteriormente, a regra clássica de DIPr para as questões de sucessão remete à lei do último domicílio do de cujus para regular a ordem de vocação hereditária, independentemente da natureza ou situação dos bens.⁴¹⁵

A regra presente no *caput* do artigo 10 da LINDB reflete o interesse regulatório do Estado do domicílio do falecido para determinar quem são os herdeiros e em qual proporção cada um deve receber. Por outro lado, a capacidade para herdar (como possibilidade de ser titular do quinhão hereditário, que poderia ser elidida por situações de indignidade ou deserdação por exemplo), se rege pela lei do domicílio do herdeiro.

Entretanto, a Lei 9.047 de 1995, posterior portanto à Constituição de 1988, alterou as disposições da LINDB (que data de 1942), para incluir o parágrafo 1º do artigo 10, que reproduz regra de conexão de caráter constitucional, demonstrando a influência dos direitos fundamentais das constituições nas instituições do Direito Privado. O artigo 5.º, XXXI da CF de 1988, foi responsável por introduzir no sistema conflitual brasileiro a primeira previsão legal de DIPr que demanda do julgador uma análise consequencialista e funcional em prol dos herdeiros brasileiros, em linha com o que propõe a presente tese.

No citado agravo de instrumento julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o tribunal se viu confrontado por tal situação, quando G.C. e outros interpuseram o agravo “contra a decisão exarada nos autos n. 008.07.000214-0 (fls.16-20), da primeira vara da família da comarca de Blumenau, pela qual o magistrado determinou a aplicação da lei brasileira ao inventário, no que concerne aos bens que devem ser partilhados, localizados no Brasil.”⁴¹⁶

⁴¹⁵ “Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.” **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.**

⁴¹⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AG 20090162503 SC.** Agravante: G.C. e outros. Agravado: E. de V.N., Rep. p/ invent. C.L. da S. Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Junior. DJ:

No caso em comento, os agravantes pretendiam a aplicação da lei italiana para regular a sucessão, tendo em vista o fato de que o *de cujus* era domiciliado na Itália à época do acidente, que o veio a vitimizar, ocorrido em Blumenau. Não apenas isso, todos os herdeiros eram igualmente domiciliados na Itália, e sustentavam os agravantes que a lei italiana era a mais benéfica no caso concreto.

Interessa para os fins da tese, a análise das motivações por trás do voto do relator. Especificamente, o fato de que o julgador considerou no início de sua análise a lei indicada pela regra geral de conflito, que por coincidência era também a lei sustentada pelos agravantes como aplicável, em linha com o que aqui se propõe. Veja-se:

Sustentam os agravantes, em síntese, que conforme o artigo 10 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve ser aplicada a legislação italiana, por ser o de cujus domiciliado à Itália, à época do sinistro; todos os herdeiros serem domiciliados naquela pátria; e ser aquela, a legislação mais favorável. Entretanto, ao analisar-se os autos, verifica-se que a alegação de ser o ordenamento italiano mais benéfico não se coaduna com a realidade.⁴¹⁷

Diante do comando do caput do artigo 10 da LINDB, o julgador se vê em posição que demanda a análise do direito estrangeiro em um primeiro estágio, mas sem olvidar que o parágrafo 1.º do mesmo artigo comanda a análise deste em comparação ao direito brasileiro, para se verificar qual deles cumpre em maior grau a função manifesta no caso, de “maior benefício à parte brasileira”.

Neste sentido, a decisão do relator e o processo utilizado para nela se chegar são emblemáticas para ilustrar a etapa metodológica consequencialista na solução dos conflitos de leis. O desembargador vislumbra cinco hipóteses diferentes de aplicação das leis em face da situação fática, que integram sua fundamentação, e que são transcritas para que não se perca a essência do pensamento:

- a) Aplica-se a lei brasileira, a união estável é reconhecida, e se admite separação de fato entre o falecido e sua esposa por mais de dois anos; A esposa do de cujus não teria direito sucessório reconhecido, nos termos do artigo 1.830 do Código Civil. Sabe-se que a companheira participa da sucessão do falecido, em relação aos bens adquiridos na vigência da união estável, e, concorrendo com filhos descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que couber a cada um deles, nos termos do artigo 1.790, II, do Código Civil. A Constituição Federal, em seu artigo 227, §6.º, proíbe distinção entre filhos legítimos

⁴¹⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AG 20090162503 SC**. Agravante: G.C. e outros. Agravado: E. de V.N., Rep. p/ invent. C.L. da S. Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Junior. DJ:

e naturais, cabendo aos segundos a mesma fração ideal a qual tem direito os primeiros. Dessa forma, sendo seis os descendentes, caberia à companheira a fração ideal de um treze avos, enquanto os filhos receberiam dois treze avos.

- b) Aplica-se a lei brasileira, a união estável é reconhecida, mas não se admite a separação de fato entre o falecido e sua esposa por mais de dois anos; Conforme o Enunciado 525 da V Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça, é admitida a concorrência entre cônjuge e companheiro sobreviventes. A companheira teria direito à metade de que coubesse a cada um dos filhos, conforme já mencionado. A cônjuge virago faria jus à mesma fração de cada um dos descendentes do autor da herança, sem reserva da quarta parte, por se tratar de filiação híbrida, como orienta o Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça. Os descendentes teriam todos direito à mesma fração ideal, sem distinção entre os havidos ou não da relação de casamento. Dentro desta hipótese, a companheira teria direito à um quinze avos, e a cônjuge e os filhos, a dois quinze avos cada um.
- c) Aplica-se a lei brasileira, a união estável não é reconhecida, mas se admite a separação de fato; A suposta companheira não teria vínculo sucessório com o falecido. A esposa não teria direito sucessório, como já referido. Sem distinção entre os descendentes, o quinhão de cada um seria de dois doze avos.
- d) Aplica-se a lei brasileira, a união estável não é reconhecida, mas não se admite a separação de fato; A esposa concorreria - sem a reserva da quarta parte, como já mencionado - juntamente com os descendentes, sendo a fração de cada um correspondente a dois quatorze avos.
- e) Aplica-se a lei alienígena; Conforme a legislação italiana traduzida colacionada aos autos (fls. 51-55), não figuraria a companheira como sucessora. É reservado ao cônjuge a fração ideal de um terço, independentemente do regime de bens, quando concorre com mais de um filho, conforme o artigo 581 do Código Civil Italiano. Também não há nenhuma menção de distinção entre filhos legítimos e naturais, pelo que se entende que devem suceder por igual. Assim, o quinhão a que faria jus cada um dos filhos seria de dois dezoito avos.⁴¹⁸

O processo decisório neste caso reflete justamente a postura que se advoga na presente tese em relação à solução dos conflitos de leis. Repare-se que o desembargador analisa as previsões legais possivelmente aplicáveis ao caso, prevendo os *resultados materiais* que seriam alcançados pela aplicação de cada uma das leis na hipótese, para definir quais cenários apresentam o maior benefício aos herdeiros brasileiros. Com base nesta análise consequencialista, profere seu voto nos seguintes termos:

Conforme as possíveis soluções elencadas supra, percebe-se que das quatro possibilidades ao se aplicar a legislação brasileira, qualquer dos rumos que o reconhecimento da união estável acabe tomando, e comprovada ou não a

⁴¹⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AG 20090162503 SC**. Agravante: G.C. e outros. Agravado: E. de V.N., Rep. p/ invent. C.L. da S. Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Junior. DJ:

separação de fato da cônjuge virago por mais de dois anos, estas se mostram mais benéficas aos herdeiros brasileiros do que a aplicação da lei pessoal do de cujus. Assim, comparadas ambas as legislações e, percebendo ser a brasileira mais benéfica, deve ser resguardado o direito dos herdeiros brasileiros, conforme prevê o artigo 5.º, XXXI, da Constituição Federal, pelo que deve ser aplicada a lei nacional. Portanto, pelas razões expostas, deve ser mantida a decisão do magistrado a quo, posto que em absoluta conformidade com o entendimento desta Corte de Justiça.⁴¹⁹

De acordo com a proposta desta tese, o caso acima seguiu perfeitamente aquilo que se propõe como etapa metodológica na solução dos conflitos de leis. Note-se que a regra geral clássica não é abandonada e segue cumprindo papel essencial para a análise, mas que a palavra final sobre a lei aplicável vai depender de um filtro consequencialista que busca funcionalizar a regra em prol do atingimento de consequências objetivas para uma unidade específica.

A única crítica que a tese dirigiria ao artigo 5º, XXXI e à decisão em comento, e que poderia aportar como contributo, seria em relação ao parâmetro utilizado para se definir o que constitui no caso concreto a “lei mais benéfica.” Neste sentido, a tese propõe o filtro da liberdade como desenvolvimento, que consideraria a lei mais benéfica aquela que tivesse maior capacidade de expandir as liberdades dos envolvidos.

Neste sentido, cumpre ressaltar a importância do filtro do Desenvolvimento Humano também como ferramenta para definição da “lei mais benéfica”, haja vista o grau de subjetividade inserido no significado deste significante. A “lei mais benéfica” pode ser diferente dependendo do ponto de vista do qual se analise, e o critério subjetivo que pode parecer mais benéfico a um julgador, pode não o ser para outro ou sob a ótica da expectativa da parte envolvida. Neste sentido, o filtro do Desenvolvimento Humano como aqui proposto, serviria para auxiliar a análise do julgador ao resolver o conflito de leis, aumentando desta forma o grau de previsibilidade da escolha da lei aplicável.

Os casos ilustrados servem para demonstrar a viabilidade da proposta da tese como etapa metodológica conforme as etapas aqui descritas. Demonstram como tribunais europeus, americanos e mesmo brasileiros, podem flexibilizar

⁴¹⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **AG 20090162503 SC**. Agravante: G.C. e outros. Agravado: E. de V.N., Rep. p/ invent. C.L. da S. Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Junior. DJ:

regras clássicas de conflitos de leis em busca de resultados mais justos para as partes envolvidas, levando em conta os direitos humanos e direitos fundamentais, e não mais tão somente o interesse regulatório dos Estados.

Entretanto, os casos também demonstram a carência de uma sistematização do método, que seja capaz de conjugar as diferentes teorias existentes, de modo a possibilitar a resposta com viés de universalidade, pelo DIPr, aos diferentes desafios que surgem no contexto da contemporaneidade em relação aos conflitos de leis. Neste sentido, a análise funcional das regras de conflito, tendo como função manifesta o Desenvolvimento Humano, entendido como a expansão das liberdades que as pessoas desfrutam, apresenta um destes elementos sistematizadores do método, pois fornece importante filtro hermenêutico que possibilita a verificação dos interesses e teorias em jogo e a sua valoração sob o valor operativo dos direitos da pessoa concretamente considerada.

Ademais, a análise funcional assim vetorizada também contribui para a previsibilidade e a segurança jurídica, ainda que se considere um método consequencialista e um certo grau de imprevisibilidade inerente, como será tratado a seguir.

3 PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA

Não se pode negar ou quedar-se alheio ao fato de que a tese com base consequencialista enfrenta uma questão delicada no que se refere à previsibilidade e a segurança jurídica na solução dos conflitos de leis. A rigor, o trabalho reconhece que há uma seara de insegurança inexorável, e este reconhecimento⁴²⁰ é o ponto de partida para que a insegurança possa ser controlada. Esta seção pretende abordar estas questões dentro do sistema conflitual proposto.⁴²¹

Previsibilidade e segurança jurídica costumam ser valores queridos em sistemas legais, permitindo que os usuários daquele sistema possam direcionar suas ações em conformidade com resultados razoavelmente esperáveis. No DIPr particularmente, a questão da previsibilidade e da segurança jurídica parece permear todas as discussões que buscam uma abordagem diferente do método conflitual, e alimentam a tensão⁴²² existente entre a busca por decisões substancialmente justas e a definição de critérios conflituais apriorísticos desapegados de conteúdo substantivo.

A proposição lançada na presente tese, pode levar o leitor, em primeira análise, a questionar justamente qual seria o grau de previsibilidade e de segurança jurídica de um sistema conflitual que pretendesse definir a lei a ser materialmente aplicada a um determinado caso, somente quando do surgimento dessa discussão perante o poder judiciário ou um tribunal arbitral. De fato, à

⁴²⁰ Faz-se aqui referência novamente à constatação de Stanley E. Cox, “It is easy to criticize a theory for not adequately promoting interstate harmony, for denigrating predictability concerns, or for downplaying justice in the individual case. But a conflicts theory inevitably emphasizes certain aspects of conflicts problems over others. The honest developer or proponent of a theory recognizes that her theory cannot solve all potential concerns in the conflicts situation equally well.” COX, Stanley E. Back to Conflicts Basics: choice of law and multistate justice by Friedrich K Juenger. **Catholic University Law Review**, v.44, n.2, p.528, Winter 1995.

⁴²¹ HAY, Peter. Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law: reflections on current European and united states conflicts law. **Recueil Des Cours**, v.226, n.281, 1991. PAUNIO, Elina. Beyond predictability: reflections on legal certainty and the discourse theory of law in the EU legal order. **German Law Journal**, v.11, n.1, p.1469-1494, 2009. BORCHERS, Patrick J. Flexibility and predictability: the Emergence of Near-universal Choice of Law Principles. In: _____. **Balancing of interests: liber amicorum Peter Hay zum 70**. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2005. WEINTRAUB, Russell Jay. Rome II and the Tension between Predictability and Flexibility. In: **Balancing of interests: liber amicorum Peter Hay zum 70**. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2005.

⁴²² Ibid., p.394.

primeira vista, tal indefinição poderia refletir em insegurança para as partes sobre como dirigir suas ações, já que teoricamente não se sabe qual lei está de fato regulando aquela situação determinada.

Para que se possa, no entanto, enfrentar a questão da previsibilidade e segurança jurídica dentro do sistema proposto, mister se faz o estabelecimento de premissas do que se compreende como um e outro. O grau de previsibilidade que se espera (ou se pode esperar) de um sistema jurídico, e como isso se traduz em (in)segurança jurídica, são questões que dependem de algumas elucidações precedentes.

Edoardo Vitta, comentando o princípio da segurança jurídica (*legal certainty*), nota que diferentes culturas darão valor maior ou menor ao que se pretende como segurança jurídica, como ocorre na comparação entre EUA e Europa: “The principle of legal certainty is of greater importance in Europe than in the U.S., where courts feel more inclined to attribute primary importance to the satisfactory solution of individual cases.”⁴²³

Vitta nota que os autores europeus em especial costumam criticar as teorias consequencialistas pelo fato de elas darem aos juízes um grau de liberdade de atuação que vai além do que consideram apropriado em relação à discricionariedade judicial.⁴²⁴ Fachin nota da mesma forma a posição europeia, ao aduzir: “Relembre-se o conselho clássico ao juiz antigo na Itália: não use a testa, use o texto.”⁴²⁵

Nesta linha, nenhuma das teorias consequencialistas americanas escaparia às críticas europeias, porquanto todas elas apresentam elementos de apreciação subjetiva que tornam a solução dos conflitos de leis totalmente imprevisível. A exemplo do que foi exposto acima em relação à aplicação da “lei mais benéfica” pela regra do artigo 5.º, XXXI, da Constituição brasileira, as teorias americanas que também advogam a aplicação da “*better law*”, ou da relação mais próxima, e mesmo do interesse governamental conforme aplicado pelos tribunais americanos, parecem dar ao juiz um grau de liberdade subjetiva que seria contrária aos princípios europeus de segurança jurídica.⁴²⁶

⁴²³ VITTA, Edoardo. The Impact in Europe of the American “conflicts revolution”. **The American Journal of Comparative Law**, v.30, n.1, p.3, Winter 1982.

⁴²⁴ VITTA, loc. cit.

⁴²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.88.

⁴²⁶ VITTA, op. cit., p.4.

De outro lado, as críticas dos autores americanos são direcionadas contra o caráter mecânico e cego das regras de conflito tradicionais, que levam a resultados caprichosos.⁴²⁷

Para Peter Hay, as críticas feitas aos modelos europeu e americano dividem uma premissa em comum:

European conflicts law is both more predictable and more value-natural than the American, while the later, more than the former, seem to emphasize results in individual cases at the expense of predictability. Each side deplors that which characterizes the other. This perceived difference in goals and objectives in conflicts law derives, in the view of some from the basic difference in methodology of the civil law and of the common law. The reference is to the deductive, rule-based administration of law and justice in the civil law as compared with the litigation-driven, the casuistic evolution of legal solutions in the common law.⁴²⁸

Tomando-se como base o ponto de comparação tomado por Vitta e Hay, poder-se-ia inferir que a *função* dada a cada sistema jurídico teria influência direta no grau de *legal certainty* que se pode esperar. Note-se que em um sistema que se preocupa em “resolver satisfatoriamente casos individuais”, a segurança jurídica necessariamente será relegada a um segundo plano, pois na solução de uma dada situação, os fatos específicos daquele caso determinarão a aplicação de uma ou outra regra conflitual, e conseqüentemente uma ou outra lei.

Por outro lado, um sistema como o identificado pelos autores como europeu, que se preocupa em criar regras que pretendem se aplicar de forma universal, para todas as situações fáticas futuras que venham a surgir, certamente se identificará com um grau maior de segurança jurídica, ou de certeza, em relação à lei aplicável, ainda que tal situação traga resultados injustos.

Ora, como já se trabalhou no capítulo quatro acima, o modelo oitocentista de codificação rígida aplicada a todos, como uma moldura que se pretende universal no

⁴²⁷ VITTA, Edoardo. The Impact in europe of the american “conflicts revolution”. **The American Journal of Comparative Law**, v.30, n.1, p.4, Winter, 1982. p.7.

⁴²⁸ “A lei de conflitos europeus é mais previsível e mais natural que a americana, enquanto a segunda, mais do que a anterior, parece enfatizar resultados em casos individuais em detrimento da previsibilidade. Cada lado deplora o que caracteriza o outro. Essa diferença percebida em metas e objetivos na lei de conflitos deriva, na visão de alguns, da diferença básica na metodologia do direito civil e do common law. A referência é à administração dedutiva, baseada em regras, do direito e da justiça no direito civil em comparação com a evolução casuística e contenciosa das soluções jurídicas no direito comum ” (trad. livre). HAY, Peter. Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law: reflections on current european and united states conflicts law. **Recueil Des Cours**, v.226, n.281, p.392, 1991.

estilo “*one size fits all*”, já teria sido superada pelo Direito Privado, sem que isso tenha representado necessariamente alguma perda em relação à certeza legal. Como o próprio Vitta nota ao comentar o modelo americano, “This characteristic of the American legal system does not imply, however, a denial of the idea that law consists of rules that claim application in future cases.”⁴²⁹ Significa dizer que a segurança jurídica não decorre unicamente de regras rígidas e mecânicas de aplicação universal, mas de todo um sistema que desenvolve regras com base em casos concretos e princípios hermenêuticos para se chegar às soluções materialmente justas. Este pensamento sistemático de acordo com o Prof. Fachin, “traduz-se, por essa via, um pensar por meio de problemas, hauridos não apenas do sentido fático dos casos como também das hipóteses teóricas como *questões*.”⁴³⁰

François Ost, trabalhando estas tensões a partir da perspectiva dos juízes, demonstra a polaridade de duas figuras, ou dois tipos de juiz, que traduzem modelos gerados a partir das funções ou exigências de diferentes momentos históricos e culturais. Ost inicia a análise considerando dois tipos de juízes. De um lado estaria o juiz Júpiter, fruto de um “direito jupiterino” que é sempre proferido de cima para baixo e adota a forma da lei, sob o modelo da pirâmide ou do código. De outro lado, estaria o juiz Hércules – como chamado por Dworkin – fonte do único direito válido em um modelo de “pirâmide invertida”, um juiz “semideus, que se submete aos trabalhos esgotantes de julgar e que leva o mundo sobre seus braços estendidos, reproduzindo assim fielmente a imagem de um funil.”⁴³¹

A visão de Ost demonstra que os dois juízes Júpiter e Hércules, decorrem, o primeiro de um modelo de pirâmide de leis que traduz as exigências do Estado liberal ou Estado de Direito do século XIX, enquanto que o segundo é produto da pirâmide invertida, do funil que reflete as atividades do Estado social ou assistencial do século XX.⁴³²

⁴²⁹ VITTA, Edoardo. The Impact in Europe of the American “conflicts revolution”. **The American Journal of Comparative Law**, v.30, n.1, p.3, Winter, 1982.

⁴³⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.83. (grifos no original).

⁴³¹ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revue de l'École nationale de la magistrature**, n.3, p.170, jun. 1990.

⁴³² “Podríamos, evidentemente, quedarnos ahí y comentar comodamente el entrelazamiento de estas dos figuras. No sería muy difícil mostrar como el modelo de la pirâmide traduce las exigências del Estado liberal o Estado de Derecho del siglo XIX y el modelo del embudo, las actividades del Estado social o assistencial del siglo XX.” OST, loc. cit.

Mas mais importante do que a constatação dos juízes como produtos de diferentes funções sistêmicas e exigências históricas, é a compreensão do papel do juiz necessário na contemporaneidade, chamado por Ost de juiz Hermes, que representa a epítome do papel do julgador dentro da teoria aqui proposta e diante das necessidades atuais:

Si la montaña o la pirâmide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, en cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red. No tanto un polo ni dos, ni incluso la superposición de los dos, sino una multitud de puntos en interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles, una inversión de las replicas. Tal circulación de significados e informaciones no se deja ya contener en un código o en un dossier; se expresa bajo la forma de un banco de datos. El Derecho postmodern, o Derecho de Hermes, es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos. Sin embargo, para intentar describir estos juegos del lenguaje infinitamente complejos y enredados, propondremos algunos aspectos de lo que se podrá llamar una teoría lúdica del Derecho. Finalmente, terminaremos dejando en toda su radicalidad la cuestión de la legitimidad: pues si Hermes no es ni trascendencia ni immanencia, sino, una vez más, se encuentra entre la una y la otra (dialéctica) o, mejor todavía, paradoja (la una y la otra), entonces tendremos que, igualmente, aprender a reformular nuestras respuestas a la cuestión del 'buen derecho'.⁴³³

O pensamento de Ost é contemplado nesta tese como fundamentação em favor da previsibilidade do sistema proposto e em resposta à críticas que, diante da impossibilidade do monopólio da interpretação, entendem pela renúncia de toda interpretação e se contentam com o registro de uma multiplicidade de “mini-

⁴³³ “Se a montanha ou a pirâmide concordaram com a majestade de Júpiter e o funil do pragmatismo de Hércules, entretanto, a trajetória traçada por Hermes assume a forma de uma rede. Não tanto um ou dois pólos, nem mesmo a superposição dos dois, mas uma infinidade de pontos inter-relacionados. Um campo legal que é analisado como uma combinação infinita de poderes, tão separados quanto confusos, muitas vezes intercambiáveis; uma multiplicação dos atores, uma diversificação dos papéis, uma inversão das réplicas. Essa circulação de significados e informações não está mais contida em um código ou em um dossiê; é expresso na forma de um banco de dados. O direito pós-moderno, ou Direito de Hermes, é uma estrutura em rede que é traduzida em infinita informação disponível instantaneamente e, ao mesmo tempo, difícilmente matizável, como pode ser um banco de dados. No entanto, para tentar descrever esses jogos de linguagem infinitamente complexos e entrelaçados, proporemos alguns aspectos do que pode ser chamado de teoria lúdica do direito. Finalmente, vamos acabar deixando a questão da legitimidade em toda a sua radicalidade: pois se Hermes não é nem transcendência nem imanência, mas, mais uma vez, é entre um e outro (dialético) ou, melhor ainda, paradoxo (aquele e o outro), então teremos que aprender a reformular nossas respostas à questão do ‘bom direito.’ (trad. livre). OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Revue de l'École nationale de la magistrature*, n.3, p.172, jun. 1990.

racionalidades” no seio de uma racionalidade global que se tornaria incontrolável a partir de agora.⁴³⁴ Nesta linha, Ost defende que “a peculiaridade da rede jurídica não é tamanha que se torne impossível escapar de suas linhas de força.”⁴³⁵ Segundo ele,

Sólo es necesario aprender a identificar cuidadosamente todos los nudos, a reparar los flujos de informaciones, a mostrar las interacciones de las funciones. Se verá entonces que el sentido producido dentro de la red no es totalmente imprevisible, porque siempre hay textos a interpretar; se verá igualmente de fuerza que ahí se desarrollan no son totalmente aleatorias, porque también permanecen jerarquías, especialmente institucionales.⁴³⁶

Em linha, portanto com o que defende Ost, a presente tese entende que a sistematização do pensamento por intermédio da análise funcional das regras de DIPr, considerando-se a função de Desenvolvimento Humano, daria sentido à interpretação das regras pelo julgador, além do fato que as estruturas hierárquicas permaneceriam, limitando assim a discricionariedade do julgador mas permitindo que interprete os discursos circundantes para chegar à solução mais adequada.

Ademais, como já ventilado, propugna-se que o filtro do Desenvolvimento Humano apresenta conceito mais objetivo e concreto a possibilitar a escolha de leis do que aqueles propostos pela Revolução americana, como a lei mais benéfica e da relação mais significativa, pois fornece ao julgador o instrumental para considerar dentro da situação concreta quais fatos devem ser considerados como juridicamente relevantes para esta determinação.

Finalmente, entende-se que da mesma forma com que o sistema legal norte americano da *common law* extrai a sua segurança e previsibilidade das decisões das cortes para casos concretos, um sistema de DIPr que não tenha necessariamente regras rígidas apriorísticas também é capaz de oferecê-las. Neste ponto, um sistema de precedentes seria suficiente para alcançar um grau de previsibilidade e segurança

⁴³⁴ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revue de l'École nationale de la magistrature**, n.3, p.182, jun. 1990.

⁴³⁵ *Sin embargo, la peculiaridade de la red jurídica no es tal que sea imposible escapar de las líneas de fuerza.* (trad. livre). OST, loc. cit.

⁴³⁶ “Só é necessário aprender a identificar cuidadosamente todos os nós, reparar os fluxos de informação, mostrar as interações das funções. Será visto então que o significado produzido dentro da rede não é totalmente imprevisível, porque sempre há textos a serem interpretados; será igualmente forte que eles se desenvolvam lá não são totalmente aleatórios, porque eles também permanecem hierarquias, especialmente institucionais.” (trad. livre). Ibid., p.182-183.

tão grande ou até mesmo maior do que aquele representado por molduras legais absolutas. Isto porque os tribunais, ao resolverem os conflitos de leis nos casos concretos, levarão em conta os fatos do caso e a função do DIPr para alcançarem uma ou outra decisão. Se estas decisões tiverem poder vinculante como precedentes (o que não significa que não podem ser distinguidas em casos que envolvam situação fática diferente, assim como na *common law*), as partes poderão com maior facilidade avaliar a regra e definir suas ações com base nela, sem perder, porém, a possibilidade de ter uma regra mais justa aplicada ao seu caso, por conta da sua própria situação fática. Ainda que a aplicação de um sistema de precedentes seja deveras complexa dentro do sistema jurídico brasileiro diante da organização judiciária e competências legislativas que se distanciam fundamentalmente do sistema da *common law*, não se descarta a questão como possível promotora de previsibilidade e segurança jurídica dentro dos conflitos de leis.

Independentemente do sistema jurídico adotado, entretanto, entende-se que a própria função manifesta do sistema tal como proposta pela tese é, por si só, capaz de fornecer substrato para a sua segurança jurídica e a previsibilidade. Isto porque um sistema funcionalizado para a obtenção de consequências objetivas para uma unidade específica, permite que as partes possam determinar, de antemão, com base nestas consequências, qual dentre as leis possivelmente aplicáveis, teria maior capacidade de atender a função do sistema e se colocaria assim como aplicável ao caso concreto.

CAPÍTULO 6 O MÉTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO VOLTADO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO

A sexta e última seção tem a intenção de sistematizar o pensamento exposto até aqui, conjugando as teorias trabalhadas e aplicadas na prática para propor um método de direito internacional funcionalizado ao Desenvolvimento Humano.

O amadurecimento da pesquisa revelou que, ainda que não explicitamente, um “novo” método conflitual já pode ser identificado no século XXI, que envolve uma releitura das regras conflituais, a ressignificação das regras de jurisdição e um mecanismo de reconhecimento de situações visando justamente dotar o DIPr desta função expansiva de liberdades para os agentes. Ainda, este novo método de DIPr suporta a aplicação de regras não-estatais não somente por árbitros, mas também pelas cortes estatais, aumentando ainda mais a importância do movimento de harmonização do DIPr.

Com vistas a esta sistematização, este capítulo trabalhará com o impacto da funcionalização do DIPr na questão da Ordem Pública Internacional, da autonomia da vontade, do reconhecimento de situações constituídas no estrangeiro e da aplicação de direitos não-estatais, como fatores de expansão das liberdades em conceito plural e do Desenvolvimento Humano dos sujeitos do DIPr.

1 ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL E LIBERDADES POSITIVAS

O primeiro ponto que merece atenção especial é o da Ordem Pública Internacional, e como este conceito é impactado pela funcionalização pretendida por esta tese, eis que a manutenção do conceito Moderno de Ordem Pública Internacional, fundado na função de alocação de capacidade regulatória dos Estados poderia esvaziar a aplicação das regras de conflito conforme proposto, diante de seu caráter de limitador da aplicação de direito estrangeiro.

Como extensamente repisado, sistema clássico de DIPr desenvolvido em especial por Savigny prescreve a solução do conflito de leis por meio da aplicação da lei do território em que se considera sediada a relação jurídica, conforme exposto no capítulo 2. A teoria Savigniana se apegava portanto à ideia de uma sede natural dos diferentes tipos de relações jurídicas, que teriam o poder de atrair para si a aplicação da lei material que regeria tal relação.

Conforme também ventilou-se anteriormente, a teoria de Savigny buscava determinar regras neutras, que não se preocupavam com o conteúdo das leis que indicavam como aplicáveis para uma dada relação jurídica. Por óbvio, o desconhecimento da lei estrangeira a ser aplicada, determinada unicamente pelo apego do território ao tipo de relação jurídica em análise, gerava situações em que cortes se viam diante de comandos de aplicação de leis estrangeiras que não se alinhavam com os valores protegidos dentro do território que estava realizando a aplicação da lei.

A doutrina da Ordem Pública Internacional, neste contexto, se desenvolveu como ferramenta de limite à aplicação de direitos estrangeiros que violassem noções fundamentais do foro julgador. Distinta da Ordem Pública doméstica, que é entendida como o conjunto das leis imperativas (ou mandatórias) de um sistema legal, e que se aplica diretamente a todos os casos considerados domésticos,⁴³⁷ a Ordem Pública Internacional engloba dois diferentes campos. Como explica Jurgen Basedow,

⁴³⁷ BASEDOW, Jürgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.184, 2013.

On one side of the ledger are the rules and principles which – tels quels – unconditionally demand implementation inclusive of those cases having foreign contacts. This is the positive international ordre public. On the other side are the mandatory principles of a legal system that, while opposing the application of wholly irreconcilable foreign rules, can nonetheless tolerate substantive deviations within certain limited margins, i.e. rules and principles which do not unconditionally demand implementation. This is the negative international ordre public.⁴³⁸

A questão da Ordem Pública Internacional merece destaque na tese, pois comumente se apresenta como barreira à aplicação de direito estrangeiro, - em especial na sua concepção negativa ou de exceção – e portanto, não raras vezes, funciona como redutor de liberdades positivas nas relações privadas internacionais. No entanto, dentro de uma proposta de DIPr funcionalizado para o Desenvolvimento Humano, a Ordem Pública deve exercer seu filtro de maneira diversa da que é comumente aplicada dentro da teoria clássica do DIPr.

A Ordem Pública Internacional se caracteriza por ser um conceito fluído, mutável e volátil, que reflete valores protegidos por uma determinada sociedade em uma determinada época.⁴³⁹ Esta fluidez da noção de Ordem Pública Internacional apresenta dificuldades na sua definição, e acaba servindo como uma rede de segurança do juiz que, confrontado com a aplicação de um direito estrangeiro, pode afastá-lo, favorecendo a aplicação da *lex fori*.⁴⁴⁰ Dentro da teoria savigniana de DIPr, a Ordem Pública Internacional (em especial negativa) tem papel essencial para permitir que o juiz deixe de aplicar a lei prescrita pela regra de conexão do foro, quando verificar que a sua aplicação no caso concreto levará a um resultado que se choca com noções fundamentais protegidas naquele território.

⁴³⁸ “De um lado estão as regras e princípios que – tal e qual – exigem incondicionalmente a implementação, inclusive nos casos com contatos externos. Este é a Ordem Pública Internacional positiva. Por outro lado, estão os princípios obrigatórios de um sistema legal que, embora se oponha à aplicação de regras estrangeiras totalmente irreconciliáveis, pode tolerar desvios substanciais dentro de certas margens limitadas, isto é, regras e princípios que não exigem incondicionalmente a implementação. Esta é a Ordem Pública Internacional negativa.” (trad. livre). BASEDOW, Jürgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.184, 2013.

⁴³⁹ DOLLINGER, Jacob. **Evolução da ordem pública no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Editora Universitária, 1979. Ver também: ARAUJO, Nádia. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. 5 ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁴⁴⁰ “É noção de foro íntimo do intérprete que em seu convencimento e decisão, nos casos dos magistrados e árbitros, deve buscar a moral básica de uma nação.” BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p.314.

Pascal de Vareilles-Sommières, comentando a Ordem Pública Internacional negativa apresenta a seguinte definição:

l'exception d'ordre public se présente, en droit international privé, typiquement comme un mécanisme de droit des conflits de lois qui empêche la loi étrangère compétente de s'appliquer dans un État du fait de sa contrariété à l'ordre public de cet État, et qui lui substitue une autre loi, normalement celle du for.⁴⁴¹

Já Kurt Lipstein define a ordem pública negativa como uma exceção à operação das regras de conflitos de leis, que se manifesta pela superação da lei normalmente aplicável e a substitui por uma lei que normalmente, apesar de não sempre, ser a lei do foro.⁴⁴²

Dentro da proposta da presente tese, algumas considerações ao conceito de Ordem Pública negativa merecem ser tecidas.

Inicialmente, cumpre notar que a Ordem Pública Internacional em seu conceito atualmente estabelecido se funda em especial no aspecto da neutralidade da regra clássica de conflito. Isto porque as regras clássicas, ao se pretenderem neutras, apontam à aplicação da lei do local em que se sediou a relação, sede essa como visto definida com base em critérios apriorísticos que se baseavam em interesses regulatórios que seriam universais de acordo com a natureza da relação jurídica.

Dentro de tal estrutura lógica, portanto, a Ordem Pública tinha papel essencial para filtrar a aplicação de leis que se determinavam aplicáveis por conta da localização da relação, mas que em seu resultado concreto traziam resultados que se mostravam incompatíveis com valores defendidos dentro da jurisdição que em tese aplicaria aquela lei.

Entretanto, a aplicação da reserva de Ordem Pública pelos países muitas vezes acaba por negar liberdades e violar direitos que deveriam ser em realidade protegidos. Isto porque a reserva de Ordem Pública, ao se preocupar com valores que seriam em tese protegidos pela sociedade como um *todo*, muitas vezes

⁴⁴¹ “A exceção de ordem pública é, no direito internacional privado, tipicamente um mecanismo de conflito de leis que impede que a lei estrangeira competente seja aplicada em um Estado em razão de sua contravenção da ordem pública desse Estado. Estado, e que o substitui por outra lei, normalmente aquela do foro.” (trad. livre). VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal. L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère. **Recueil des Cours**, v.371, p.166, 2014.

⁴⁴² LIPSTEIN, Kurt. **Private International Law**. Mohr/Nijhoff, 1994. v.3, p.11-12.

impede a aplicação de lei ou reconhecimento de situações com base em ideais moralistas que muitas vezes não refletem, em verdade, um pensamento que é compartilhado sequer pela maioria da população.

Como viu-se no primeiro capítulo, os postulados de Unidade Funcional da sociedade não se confirmam empiricamente na sociedade contemporânea,⁴⁴³ o que significa dizer que ainda que algum grau de integração seja verificável em sociedades complexas e multiculturais como as atuais, não se pode conceber graus de integração que eram verificáveis apenas em sociedades primitivas e iletradas como fundamento de proteção de valores por meio da reserva de Ordem Pública. Significa dizer que a configuração da reserva de Ordem Pública como limite à aplicação de direito estrangeiro não pode depender de estruturas normalizantes, opressoras e excludentes que tem como escopo a perpetuação destas mesmas estruturas.

Neste sentido, propõe-se que a Ordem Pública Internacional tem papel igualmente fundamental no método de DIPr funcionalizado, ainda que se esteja aqui a propor um entendimento diverso sobre o que constitui ou se define como valores protegidos dentro de uma sociedade, que pretende incrementar o desenvolvimento humano através do aumento das liberdades, em especial positivas e substanciais.

É dizer que o reflexo da funcionalização das regras de conflito para o Desenvolvimento Humano afeta direta e fundamentalmente o que se entende por valores protegidos no âmbito da Ordem Pública Internacional, que a partir de tal funcionalização não podem mais servir para a imposição e perpetuação destas estruturas dominantes e excludentes, mas sim devem estar funcionalizados para a confirmação de liberdades e chancela jurídica da autodeterminação como liberdade positiva.

Note-se que dentro da proposta de sistematização do DIPr por meio da função pretendida o filtro consequencialista do Desenvolvimento Humano atua como etapa metodológica não somente na escolha da lei aplicável, como também no reconhecimento de situações estrangeiras. Deste modo, a reserva de Ordem Pública também deve se conformar à funcionalização, para verificar no caso

⁴⁴³ MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968. p.81.

concreto se o reconhecimento da situação ou a aplicação da lei realiza ou não a função almejada pelo DIPr. Isto representa uma alteração fundamental na Ordem Pública Internacional, na medida que esta deixa de lado a sujeição de compreensões individuais de bem à pretensão da aplicação de valores coletivistas, supostamente compartilhados por todos, para se tornar guardião do respeito aos direitos humanos, à dignidade e da liberdade como instrumento para o Desenvolvimento Humano.

Nesta esteira, a Ordem Pública Internacional assumiria um papel mais voltado à confirmação de liberdades individuais e chancela jurídica das liberdades (especialmente positivas), do que de “guardião da boa moral ou do bem-estar coletivo”⁴⁴⁴ de uma determinada sociedade que, muito provavelmente, não conta com grau de integração capaz de ser impactado fundamentalmente pelo reconhecimento de situações pontuais que fogem da normalidade compreendida do sistema, mas que representam para o destinatário a confirmação de seu projeto de vida conforme aquilo que valoriza.

Mais do que isso, pode-se afirmar contemporaneamente, que a proteção aos Direitos Humanos integra a Ordem Pública Internacional.

Reitere-se que a própria alteração na abordagem do Direito Internacional já serve de fundamento para a alteração na abordagem da reserva de Ordem Pública, porquanto aquela que se tem atualmente aplicada pelos tribunais ainda segue a racionalidade advinda do *state approach*. A sua conformação com o *human rights approach*, por outro lado, implicaria em uma reserva de Ordem Pública que serviria para afastar abusos aos direitos humanos e fundamentais em prol da liberdade e do desenvolvimento, e não a manutenção de estruturas normalizantes.

Assim, a reserva de Ordem Pública dentro do DIPr funcionalizado para o Desenvolvimento Humano deve atuar para garantir no caso concreto a aplicação da lei que aumente em maior grau as liberdades positivas e substanciais das partes envolvidas, repelindo regras que representem violações a estas liberdades.

⁴⁴⁴ “The courts are not free to refuse to enforce a foreign right at the pleasure of the judges, to suit the individual notion of expediency or fairness. They do not close their doors, unless help would violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal.” **Loucks v. Standard Oil Co. of New York**, 224 N.Y. 99 (1918).

Deste modo, a Ordem Pública necessita nova leitura em especial no que toca ao reconhecimento de situações estrangeiras, que à primeira vista poderiam parecer contrárias aos valores internos, mas que em verdade refletem as escolhas e valores das partes envolvidas e que devem ser confirmadas em favor da dignidade e dos direitos humanos.

Na prática, isso significa que a reserva de Ordem Pública ainda serviria para afastar a aplicação de leis, não que estivessem em desacordo com valores internos, mas que representem violações aos direitos humanos e direitos fundamentais das partes envolvidas. Logo, ao mesmo tempo que a reserva de Ordem Pública serviria para rechaçar a aplicação de uma lei penal, por exemplo, que determinasse uma pena corporal ou de tortura, ela também serviria para confirmar uma situação de casamento poliafetivo, tenha este se constituído no estrangeiro ou que se pretenda reger por lei estrangeira.

Note-se que nos exemplos acima, ambas as situações poderiam ser reconhecidas atualmente como contrárias a Ordem Pública Internacional brasileira, sendo assim rechaçadas pelos tribunais brasileiros. Entretanto, é clara a distinção na natureza das duas leis e das situações a que se aplicam, no sentido de ser a primeira uma violação aos direitos humanos e fundamentais, ao passo que a segunda simplesmente configura uma situação que moralmente encontraria resistência por *alguns* membros da sociedade. Em uma situação como esta, a Ordem Pública funcionalizada manteria a repulsa à primeira lei de pena corporal, mas superaria aquela do casamento poliafetivo, enquanto este representasse uma expansão de liberdade que chancela a vontade de autodeterminação das partes e protege a dignidade e os direitos fundamentais dos envolvidos, sem que se cause uma situação de caos social, já que a função não é dirigida ao todo social.

Especificamente no que se refere às relações entre os sexos, direitos de família e questões do estatuto pessoal reguladas em geral, atenta-se ao fato de que sempre se caracterizaram por um “alto grau de intransigência”⁴⁴⁵ das

⁴⁴⁵ “Both the personal sphere and the relation between the sexes as regulated in the law of personal status and family law have always been characterized by a high degree of intransigence within the respective legislatures. Consequently, courts confronted with foreign law in matters of personal status frequently invoke the “ordre public” or public policy of the forum when the foreign

sociedades. Em consequência disto, Basedow afirma que é justamente nestas áreas que a reserva de Ordem Pública é mais comumente invocada para barrar a aplicação ou reconhecimento de leis estrangeiras.⁴⁴⁶

A constatação apresentada por Basedow é essencial para o que se propõe. Ora, se a premissa discutida anteriormente sobre a ascensão dos Direitos Humanos e o Direito ao Desenvolvimento Humano forem verdadeiras, e tomando como marco teórico do Desenvolvimento Humano o pensamento exposto anteriormente de Amartya Sen, será justamente no campo do estatuto pessoal e dos direitos de família que a expansão de liberdades gerará o maior desenvolvimento para as pessoas envolvidas. Serão essas capacidades efetivas de se viver de acordo com aquilo que se valoriza que permitirão o desenvolvimento e a confirmação da identidade pessoal de cada indivíduo.

Neste ponto, cabe também a reflexão sobre a forma com que as sociedades e o Direito tratam das evoluções sociais e culturais. Ao longo de toda a história da humanidade, os valores prevalentes (como aqueles protegidos pela reserva de ordem pública) estiveram ligados ao exercício do poder. Como explica Foucault, “de um lado, as regras de direito que delimitam formalmente o poder, de outro lado, a outra extremidade, o outro limite, seriam os efeitos de verdade que esse poder produz, que esse poder conduz e que, por sua vez, reconduzem esse poder. Portanto, triângulo: poder, direito, verdade.”⁴⁴⁷ Significa dizer, em nosso caso, que a reserva de Ordem Pública é comumente invocada para manutenção das estruturas de poder, através da produção de discursos de verdade pelo direito, verdades estas que invariavelmente tendem a cair diante do aumento da complexidade das relações interpessoais e da evolução do pensamento humano. Tanto assim é, que se admite na teoria da ordem pública que os valores e conceitos são fluídos, refletindo ideais predominantes em uma determinada época. Como nota Basedow em relação à monogamia e a indissolubilidade do casamento:

law appears repugnant to fundamental principles of the legal order of the forum State.” BASEDOW, Jürgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.422-423, 2013.

⁴⁴⁶ BASEDOW, Jürgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.422-423, 2013.

⁴⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.28.

But here, too, monogamy and the indissolubility of marriage have been principles of major interest and rigorous enforcement; the former principle still subsists entirely, the latter has been softened, but remains effective in the form of a review of State courts and a number of obstacles decreed by law against certain divorce applications. Consequently, most Western States reject polygamy even where Islamic law basically governs the marriage and refuse to celebrate a second marriage on their territories as long as the first marriage is still undissolved. Likewise, they will generally consider as invalid the repudiation of a wife declared by her husband in the national territory of the respective country. A new phenotype of intransigence in family matters is the rejection, in many jurisdictions, of same-sex registered partnerships and marriages; the so-called defence of marriage legislation in the United States is a paramount example.⁴⁴⁸

As questões mencionadas por Basedow da monogamia e da indissolubilidade do casamento por exemplo, são situações que já foram rejeitadas por ofensa à ordem pública, e hoje em dia encontram tratamento mais abrandado no plano interno, assim como os casos de casamentos homoafetivos. No entanto, esta transformação deu-se a partir de um movimento de dentro para fora, ou seja, houve uma mudança no posicionamento interno da sociedade brasileira em relação ao divórcio e aos relacionamentos homo e pluriafetivos – impactados especialmente pelos direitos fundamentais e pela repersonalização do Direito Civil – , para que então as situações validamente criadas no exterior ou que se submetessem às leis estrangeiras que permitiam estas práticas pudessem ter efeito no território nacional. Fato é, que as restrições à liberdade impostas pela reserva de Ordem Pública, em especial em questões de direito de família e estatuto pessoal, são diretamente contrárias à proposta de desenvolvimento como liberdade, tomada como marco da tese proposta, razão pela qual a releitura do conceito da reserva de Ordem Pública se justifica na hipótese.

⁴⁴⁸ “Mas também aqui a monogamia e a indissolubilidade do casamento têm sido princípios de grande interesse e aplicação rigorosa; o primeiro princípio ainda subsiste inteiramente, o segundo foi abrandado, mas permanece efetivo na forma de uma revisão dos tribunais estaduais e de uma série de obstáculos decretados por lei contra certos pedidos de divórcio. Consequentemente, a maioria dos Estados ocidentais rejeita a poligamia mesmo onde a lei islâmica basicamente rege o casamento e se recusa a celebrar um segundo casamento em seus territórios, desde que o primeiro casamento ainda não tenha sido dissolvido. Da mesma forma, eles geralmente consideram inválido o repúdio de uma esposa declarada pelo marido no território nacional do respectivo país. Um novo fenômeno de intransigência em questões familiares é a rejeição, em muitas jurisdições, de parcerias e casamentos registrados entre pessoas do mesmo sexo; A chamada defesa da legislação do casamento nos Estados Unidos é um exemplo primordial.” (trad. livre). BASEDOW, Jürgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.422-423, 2013.

Nesta linha, a reserva de Ordem Pública deveria ser relida sob a ótica das liberdades substanciais e positivas, voltando-se principalmente para a confirmação de direitos humanos/fundamentais das partes envolvidas, que incluem a dignidade da pessoa, o direito à vida privada e familiar, a liberdade religiosa, além de liberdades políticas, oportunidades econômicas e poderes sociais.

Vale ressaltar que as concepções de Ordem Pública internacional já vêm sendo objeto de debate em alguns países há algum tempo. Este é o caso da França, por exemplo, que vem adotando por meio de decisões em especial da Corte de Cassação, a noção da ordem pública de proximidade, ou *ordre public de proximité*.

As teorias francesas de ordem pública de proximidade e ordem pública mitigada⁴⁴⁹ apresentam conceitos interessantes que podem ser aproveitados em parte pela tese no sentido proposto. Diz-se em parte, porque a teoria francesa da proximidade apresenta vantagens que são consideradas em linha com a função de Desenvolvimento Humano a ser exercida pelo DIPr, mas ao mesmo tempo contém radicalidades que se afastam daquilo que aqui se teoriza.

A ideia da proximidade foi objeto de teorização pelo professor Paul Lagarde, que a partir dela desenvolveu regras de conflito de leis e de jurisdição, além do método de reconhecimento de situações que será visto mais adiante.⁴⁵⁰ Em linhas gerais, em virtude do princípio da proximidade, uma relação jurídica será conectada à ordem jurídica do país com o qual apresente as ligações mais estreitas, um litígio será submetido às cortes do país com que apresente ligação mais estreita, e também a eficácia de uma decisão estrangeira estará subordinada à estreiteza das conexões que a ligam à autoridade que a proferiu.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ “Mais, lorsque la situation a été créée à l'étranger et qu'elle est invoquée au for, la jurisprudence française a développé la notion d'effet atténué de l'ordre public, c'est-à-dire la désactivation de l'exception d'ordre public, parce que ce qui a été créé à l'étranger et qui n'aurait pu être créé au for pourra néanmoins y être reconnu.” LAGARDE, Paul. La méthode de reconnaissance est-elle l'avenir du droit internationale privé? Conférence inaugurale, 2014. **Recueil des Cours**, v.371, p.20, 2014.

⁴⁵⁰ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. **Recueil des Cours**, v.196, p.25-237, 1986.

⁴⁵¹ “En vertu de ce principe, un rapport de droit est rattaché à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, un litige est soumis aux tribunaux d'un État avec lequel il présente un lien étroit, enfin la efficacité d'une décision étrangère est subordonnée 'à l'étroitesse des liens qui la rattache à l'autorité qui l'a prise.” COURBE, Patrick. L'Ordre public de proximité. In: **Le droit international privé: esprit et méthodes**. Mélanges ne l'honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005. p.227.

Nesta linha, a ordem pública de proximidade vem sendo considerada como princípio na França desde o proferimento de cinco decisões pela primeira câmara civil da Corte de Cassação, em 17 de fevereiro de 2004. Nestas decisões, a existência de ligações das relações jurídicas ou pessoas envolvidas com o foro foram invocadas explicitamente para justificar a intervenção da ordem pública em domínios do estatuto pessoal.⁴⁵²

Ainda que não se pretenda aqui discutir a fundo a teoria da ordem pública de proximidade, a observação de alguns dos casos que a invocaram são interessantes para ilustrar de que forma esta pode contribuir com a proposta da tese.

Um dos casos que aplicou a ordem pública de proximidade envolvia uma questão de filiação.⁴⁵³ Uma mãe de nacionalidade algeriana e domiciliada na França, inicia uma ação de busca de paternidade natural em favor de seu filho, francês, contra um suposto pai, também residente na França. Segundo a regra de conflito do artigo 311 do Código Civil francês, a lei aplicável é a lei pessoal da mãe na data de nascimento da criança, que no caso era a lei algeriana. A lei algeriana, de inspiração religiosa no alcorão, não tem previsão de reconhecimento de paternidade natural. Em um julgamento do tribunal de grande instancia de Paris, a lei algeriana é afastada sob o argumento de que o menor era francês e residente na França. A Corte de Cassação, sob outra fundamentação, manteve o afastamento da lei, argumentando que ainda que a lei algeriana não violasse diretamente a ordem pública francesa, ela deveria ser afastada pelo seu efeito de privar uma criança francesa ou residente na França de seu direito de estabelecer sua filiação.⁴⁵⁴

Em outro caso, a corte julgando uma questão de adoção por um casal marroquino, de sua sobrinha também marroquina, submetido às leis do Marrocos pela regra de conexão, lei esta que não permite a adoção, entendeu que não seria contrária à ordem pública a lei estrangeira que proíbe a adoção, uma vez que esta lei estrangeira “estabelece a proteção de substituição, de que toda criança deve

⁴⁵² COURBE, Patrick. L'Ordre public de proximate. In: **Le droit international privé**: esprit et méthodes. Mélanges ne l'honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005. p.229.

⁴⁵³ TGI Paris, 23 avril 1979. **Rev. crit. DIP**, p.83, 1980.

⁴⁵⁴ “Il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résident habituellement en France du droit d'établir sa filiation.” COURBE, Patrick. L'Ordre Public de Proximité. In: **Le droit international privé**: esprit et méthodes. Mélanges ne l'honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005. p.230.

ser capaz de se beneficiar em caso de privação de seu ambiente familiar”.⁴⁵⁵ Courbe aponta que justamente em matéria de adoção a ordem pública de proximidade teria recebido consagração legislativa, na medida que a lei francesa de adoção internacional de 6 de fevereiro de 2001 teria incluído exceção à proibição de adoção internacional de menores estrangeiros cujo estatuto pessoal seja proibitivo, nas hipóteses que o menor tiver contatos com o território francês por seu nascimento ou por sua residência.⁴⁵⁶

A ordem pública de proximidade também vem sendo utilizada na França para rechaçar decisões de repúdio de maridos contra suas esposas quando estas são residentes no território francês. Como nota Courbe, “le domicile sur le territoire français traduit, en effet, un contact suffisant avec l’ordre juridique français pour que les valeurs dominantes soient défendues à l’encontre des normes étrangères qui y sont contraires.”⁴⁵⁷

A ordem pública de proximidade contribui com a presente tese, na medida que demonstra a evolução na França do tratamento das relações privadas internacionais, e a superação naquele país da previsibilidade das soluções como componente principal da justiça do DIPr, em prol da busca pela melhor solução ao caso concreto. Por este motivo também, a ordem pública de proximidade é analisada caso a caso. Neste sentido, os autores que defendem a ordem pública de proximidade consideram que ela terá futuro se estiver ligada ao desenvolvimento contínuo dos direitos do homem, servindo como proteção dos direitos individuais contra os Estados e a sociedade.⁴⁵⁸

Entretanto, a ordem pública de proximidade também pode ser aplicada para obstaculizar liberdades, e neste ponto se afasta da proposta da tese.

Esta é a situação por exemplo da questão da “barriga de aluguel” ou *surrogacy*. Antes tema de novela, a barriga de aluguel tem se tornado cada vez mais comum com os avanços tecnológicos e da medicina, para que casais que

⁴⁵⁵ COURBE, Patrick. L’Ordre Public de Proximité. In: **Le droit international privé**: esprit et méthodes. Mélanges ne l’honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005. p.231.

⁴⁵⁶ Ibid., p.230.

⁴⁵⁷ “o domicílio no território francês traduz, com efeito, um contato suficiente com a ordem jurídica francesa, de modo que os valores dominantes são defendidos contra normas estrangeiras que são contrárias à lei francesa.” (trad. livre). Ibid., 234.

⁴⁵⁸ Ibid., p.237.

tenham dificuldades reprodutoras possam ter filhos. Na barriga de aluguel, a mãe de aluguel e o casal que tenta gerar filhos entram em um contrato pelo qual a genitora contratada abre mão de todos os direitos em relação à criança gerada, e reconhece o casal contratante como pais da criança. A inseminação pode ocorrer tanto pelo espermatozoide do marido no ovo da mãe de aluguel, ou da fertilização de um óvulo de outra mulher que não a mãe contratada. De acordo com Basedow, ao mesmo tempo que a possibilidade da barriga de aluguel é comemorada por casais inférteis como sendo um caminho para a confirmação do projeto parental e do desejo de ter filhos, a visão prevalente em muitas sociedades rejeita a barriga de aluguel como interferência com a Criação e como mecanismo de comercialização do corpo humano.⁴⁵⁹

Na França, a barriga de aluguel foi considerada pela Corte de Cassação como “turismo de procriação”, o que levou ao julgamento de uma série de casos nos quais casais franceses concluíram contratos de barriga de aluguel nos Estados Unidos, que eram válidos de acordo com as leis dos Estados da Califórnia e Minnessota. As crianças eram registradas nos Estados Unidos como filhos do casal francês, conforme o contrato e a previsão legal americana. Entretanto, quando buscado o reconhecimento através do registro civil francês, os pedidos foram rejeitados por todas as instâncias, inclusive a Corte de Cassação, sob o argumento de violação de princípios essenciais da lei francesa, em especial o princípio da indisponibilidade do estado civil para acordos privados.⁴⁶⁰

No caso da barriga de aluguel, portanto, as Cortes francesas aplicaram a ordem pública de proximidade, não para proteger os menores, mas para refutar a relação validamente constituída no estrangeiro, e gerando assim diversas barreiras à liberdade destes menores, que terão pais diferentes nos Estados Unidos e na França, e terão dificuldades no seu status migratório na França bem como na confirmação de suas identidades.

⁴⁵⁹ “While this treatment has been praised by infertile couples as a path leading to the fulfilment of their wish for a child, the prevailing view in many societies rejects surrogacy as an interference with Creation and as a device for the commercialization of the human body.” BASEDOW, Jurgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.424, 2013.

⁴⁶⁰ Ibid., p.425.

Assim, propugna-se aqui que a contribuição da ordem pública de proximidade reside no fato de ser um instrumento que possibilita a busca de uma solução favorável ao caso concreto, afastando leis que ainda que não sejam *prima facie* contrárias aos valores protegidos, levam a resultados que ferem direitos fundamentais de pessoas que tenham alguma conexão próxima com a jurisdição, no caso, francesa.

Por outra banda, a proposta de releitura da Ordem Pública Internacional conforme a tese iria além, no sentido de filtrar as ofensas à ordem pública a partir do caso concreto e considerando na análise dos valores envolvidos, o incremento de liberdades, em especial substanciais e positivas, mas principalmente a proteção à dignidade da pessoa e a proteção às partes hipossuficientes ou vulneráveis.

Em linha com esta proposição, casos como os das barrigas de aluguel deveriam necessariamente ser reconhecidos, de um lado porque validamente constituídos no exterior, e de outro porque, na análise consequencialista e funcional do Desenvolvimento Humano, impõe-se a proteção à criança gerada, e o incremento de suas liberdades substanciais. Note-se neste ponto, que a posição da Corte de Cassação ao não reconhecer a filiação como forma de “retaliação” à escolha dos pais contrária a lei francesa, atinge diretamente a criança (total e completamente inocente em relação às atitudes dos pais) no conjunto de suas capacidades e liberdades substanciais.

Portanto, conclui-se que a Ordem Pública Internacional funcionalizada deve servir para a correção da lei estrangeira, não para perpetuar discursos de verdade e poder dominantes, mas para garantir no caso concreto que os direitos humanos e fundamentais estão sendo respeitados, e que o grau de liberdades das partes está sendo incrementado dentro dos limites aceitáveis. Assim, por exemplo, a reserva de ordem pública poderia afastar uma lei nacional que determinasse que a esposa teria direito à 20% dos bens do casal em um regime de comunhão de bens, não pelo fato de que tal disposição feriria fundamentalmente valores internos, mas porque viola direitos humanos e fundamentais como a igualdade entre os sexos. Da mesma forma, se veria obrigada a reconhecer os contratos de barriga de aluguel, na medida e no limite que este reconhecimento fosse benéfico

para o aumento das liberdades da criança. Ressalte-se portanto, que o que a tese propõe como reserva de ordem pública não é uma abertura radical que aceita qualquer tipo de situação, mas uma que pondera os interesses e expectativas em jogo sob as lentes da liberdade e do desenvolvimento.

Em linha também com o que se viu nos capítulos anteriores, alguns autores como Jurgen Basedow apontam que a noção de Ordem Pública Internacional tem sofrido os impactos das mudanças conceituais que atingem o DIPr hodierno. Neste sentido, verifica-se por exemplo a adoção de uma reserva de Ordem Publica comunitária na Europa, que se sobrepõe àquelas nacionais dos Estados Membros e que dita valores comunitários a serem protegidos.⁴⁶¹

Dentro da ideia de Ordem Pública proposta por esta tese, o movimento de universalização desta, com a adoção de noções comunitárias como na Europa compartilhadas por todas as nações é o que se almeja para o futuro e o que se impõe para o pleno desenvolvimento humano.

⁴⁶¹ BASEDOW, Jurgen. Recherches sur la formation de l'ordre public europeen dans la jurisprudence. In: **Le droit international privé: esprit et methods**. Mélanges ne l'honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005.

2 AUTONOMIA DA VONTADE: A ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL EM RELAÇÕES PRIVADAS INTERNACIONAIS

A questão da autonomia da vontade é outro ponto crucial dentro da sistematização proposta pela análise funcional voltada ao Desenvolvimento Humano, e por isso merece tratamento em separado, ainda que já se tenha avançado parte dos argumentos relativos a este ponto no capítulo anterior.

A autonomia da vontade no contexto do DIPr se refere especificamente à possibilidade de escolha da lei aplicável às suas relações pelas próprias partes envolvidas. É assim considerada uma regra de conexão, criada pelas partes no exercício desta autonomia.

A importância da autonomia da vontade para a tese tem duas facetas: de um lado, advoga-se que a adoção da autonomia da vontade como regra de conexão válida para os diferentes tipos de relação jurídica pode funcionar como método de expansão de liberdades, ao permitir que as partes optem pela aplicação de leis que confirmem e chancelem as escolhas feitas por elas, conforme aquilo que valorizam; de outro, pretende-se demonstrar que ainda que a autonomia seja uma ferramenta importante de expansão das liberdades, ela não tem a capacidade sozinha de se substituir ao DIPr como um todo, nem pode ser considerada absoluta em face das possíveis violações à liberdade e aos direitos humanos e fundamentais que podem decorrer da escolha de lei.

Não há dúvidas no que toca ao primeiro ponto. A possibilidade de escolha da lei aplicável pelas partes aumenta o seu grau de liberdade, ao mesmo tempo que concede previsibilidade sobre a lei a ser aplicável em caso de disputa. A prática da escolha da lei aplicável é bastante comum nos contratos, ainda que no Brasil seja latente a discussão sobre a mandatoriedade do *caput* do artigo 9º da LINDB⁴⁶² e o reconhecimento pelo STJ dessa possibilidade de escolha pelas partes. A novidade principal, entretanto, residiria na aplicação da teoria da

⁴⁶² GAMA JR., Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. (Org.). **Estudios sobre contratación internacional**. Madri: Editora COLEX, 2006. p.695.

autonomia da vontade às relações familiares e aplicada às questões relativas ao estatuto pessoal.

Já em relação à segunda faceta, é importante ressaltar que a escolha da lei aplicável pelas partes não escapa da etapa metodológica proposta, que como já defendido, se mostra essencial para atender à função do DIPr voltado ao Desenvolvimento Humano. Isto porque, como mencionado anteriormente, existirão situações em que a escolha de lei pelas partes deverá ser suplantada por outra regra de conexão, quando se verificar no caso concreto que a escolha representa ou importa uma violação ou abuso de direitos da parte mais fraca na relação, ou quando o juiz verificar que as partes não tinham condições substanciais de realizar esta escolha, e por isso optam por uma lei que diminui, ao invés de incrementar, a liberdade dos envolvidos.

Cabe aqui notar conceitualmente, que a autonomia privada não dá conta integralmente dos perfis da liberdade que são aqui erigidos como focais na resolução do conflito de leis voltado ao Desenvolvimento Humano. Isto porque, apesar de congrega de modo significativo e relevante a liberdade negativa e formal, e pontualmente a liberdade positiva, na medida em que permite a projeção de efeitos a partir de manifestação pontual de vontade, não dá conta da liberdade substancial, abrindo margem, portanto, para violações de direitos humanos e fundamentais.⁴⁶³

Estas ressalvas são importantes para refutar a corrente doutrinária que prega a substituição completa das regras de conexão pela autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável. Neste sentido, ainda que se concorde que a escolha de leis pelas partes é uma ferramenta importante de empoderamento e aumento de liberdades (em especial positivas), defende-se que ela não tem o poder de suplantar o DIPr, nem está imune ao filtro do Desenvolvimento Humano.

Assim como se verificou no caso *In re Estate of Clark*, supra, são diversas as situações que a escolha da lei aplicável pode representar uma diminuição e não um incremento na liberdade das partes, razão pela qual a escolha não pode ser tida como fator de superação da estrutura e função do DIPr.

⁴⁶³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades:** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

Tentando conjugar estas duas visões da autonomia da vontade, propugna-se a importância do filtro das liberdades, não só *a priori* na definição da lei aplicável, como também *a posteriori* diante dos resultados que a aplicação da lei escolhida irá gerar.

No que toca à liberdade *a priori* de definição de lei aplicável, o filtro atua para se verificar o grau de liberdades substantivas que as partes desfrutaram e que as empoderaram para escolher uma ou outra lei. Neste sentido, a análise de escolha de lei a um contrato comercial internacional,⁴⁶⁴ que envolve dois *players* do mercado, que sabem e conhecem o que estão fazendo, será bastante distinta da análise empreendida em relação à escolha de lei aplicável para reger por exemplo o regime de bens de um matrimônio ou a lei de regência de disposições testamentárias, como no caso *Clark*. Diante de situações como estas, é óbvio o grau de liberdade substancial dos comerciantes, que tem todas as ferramentas e condições (além de aconselhamento jurídico) para eleger uma determinada lei e ter conhecimento das consequências de tal escolha. Já nas outras duas hipóteses ilustradas não há tal presunção, e a escolha de lei deve ser analisada caso a caso.

Ressalte-se que a análise da escolha da lei pelas partes não pretende definir de antemão situações que por sua natureza poderiam eleger leis aplicáveis ou não. Trata-se de análise que necessita ser realizada diante dos fatos concretos e da realidade das partes envolvidas. Nesta linha, a escolha de lei aplicável em uma relação de família pode se manter, ainda que o resultado não seja o mais favorável para uma das partes, desde que se considere que estas tinham a sua disposição o instrumental necessário para realizar esta escolha, e que eventualmente o fizeram em consideração à outras questões que valorizavam mais dentro de tal contexto.

Começando pela questão das obrigações e contratos, parece-nos indiscutível que a escolha da lei aplicável e o seu reconhecimento é medida que se

⁴⁶⁴ Lauro Gama Jr defende a autonomia privada dentro dos contratos internacionais em conformidade com uma leitura constitucional do artigo 9º, afirmando que a leitura “mais conforme com o plexo de direitos e garantias que emanam do direito fundamental à *autonomia privada*” seria aquela “que realiza, em maior extensão e profundidade, o *exercício da autonomia da vontade* em matéria contratual.” GAMA JR., Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. (Org.). **Estudios sobre contratación internacional**. Madri: Editora COLEX, 2006. p.695.

impõe, visando-se o incremento de liberdades das partes. Como dito, as questões obrigacionais são comumente remetidas a leis escolhidas pelas partes, e a vasta maioria das jurisdições reconhece e dá efeito à escolha feita pelas partes em contrato. Como nota Basedow,

According to Article 3, paragraph 1, of the Rome I Regulation and to Article 7 of the Inter-American Convention, a contract shall be governed “by the law chosen by the parties”, and according to the Rome I recitals “[t]he parties’ freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict-of-law rules in matters of contractual obligations.”⁴⁶⁵

Inobstante a afirmação de Basedow, persiste no Brasil a discussão sobre a autonomia da vontade das partes para escolha de lei nas relações contratuais. A inconsistência decorreria da alteração legislativa sofrida pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, quando da sua reforma em 1942, que definiu as regras de DIPr vigentes no país até hoje. Quando da reforma, incluiu-se a redação do artigo 9º atual, que prevê que para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do local em que se constituírem.

A redação do artigo 9º foi objeto de interpretações divergentes. De um lado, a nova redação retirou do texto do antigo artigo 13 da LICC a expressão “salvo estipulação em contrário”, que criava objetivamente uma exceção à regra da *lex loci celebrationis*. Esta supressão foi interpretada por grande parte da doutrina, bem como pelos tribunais, como representativa da vontade do legislador de retirar das partes o poder de eleição de lei para reger obrigações com elemento estrangeiro. De outro lado, muitos doutrinadores defendem que a despeito da supressão, o princípio da autonomia da vontade das partes na seara contratual é decorrência da interpretação constitucional do artigo 9º, enquanto outros defendem ainda que os tratados internacionais sobre DIPr dos quais o Brasil é parte impõem a eficácia da eleição de lei nos contratos.

⁴⁶⁵ De acordo com o artigo 3, parágrafo 1, do Regulamento Roma I e com o artigo 7 da Convenção Interamericana, um contrato será regido “pela lei escolhida pelas partes”, e de acordo com os considerandos de Roma I “A liberdade de as partes escolherem a lei aplicável deve ser uma das pedras angulares do sistema de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais.” BASEDOW, Jurgén. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.166, 2013.

No que toca ao argumento da interpretação constitucional, este se encontra perfeitamente em linha com as premissas da tese, que pugna pela interpretação das regras de conexão sob o filtro das liberdades e dos direitos fundamentais. Neste sentido, é importante a lição de Lauro Gama Jr.:

Voltando ao tema, qual a interpretação do artigo 9º da LICC que é mais conforme com o plexo de direitos e garantias que emanam do direito fundamental à *autonomia privada*? Tal interpretação deve ser a que realiza, em maior extensão e profundidade, o *exercício da autonomia da vontade* em matéria contratual. Portanto, a *interpretação conforme a Constituição* do artigo 9º da LICC, além de afastar qualquer vedação à escolha da lei aplicável ao contrato sem previsão legal expressa, deve *privilegiar* a possibilidade de escolha do direito aplicável ao contrato internacional. Em outras palavras, o intérprete, numa perspectiva civil-constitucional, deve observar a prevalência da interpretação que confere a maior efetividade possível ao princípio fundamental da autonomia privada.⁴⁶⁶

A visão expressa por Lauro Gama Jr. é integralmente acatada pela tese, porquanto representa exatamente o que se propõe em relação à autonomia da vontade nas relações contratuais. É interessante neste sentido, notar também o fato de que a proposta de leitura conforme a Constituição proposta por Gama Jr, se alinha com o que propõe a tese, na medida que sugere a superação da regra clássica de conexão em prol da lei que aumente em “maior extensão e profundidade” o exercício das liberdades, ainda que não tenha sido pensada sob os mesmos termos e fundamentos.

A única pequena ressalva cabível, no entanto, seria de que, havendo na relação contratual uma parte manifestamente hipossuficiente ou vulnerável, a mesma fundamentação da liberdade e da interpretação constitucional serviria para afastar a lei escolhida em favor da proteção desta parte, por meio da aplicação de outra lei que atendesse em maior grau ao incremento das liberdades desfrutadas pelos contratantes.

Cecilia Fresnedo de Aguirre se coloca no outro extremo do espectro e se opõe à autonomia da vontade, por uma série de motivos, a exemplo de seu país, Uruguai, que seria junto com o Brasil os únicos países a limitarem a prática na

⁴⁶⁶ GAMA JR., Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. (Org.). **Estudios sobre contratación internacional**. Madri: Editora COLEX, 2006. p.695-696.

América Latina.⁴⁶⁷ Um dos motivos colocados por Aguirre para sua oposição à autonomia das partes nos contratos internacionais é justamente a proteção da parte mais fraca e as relações de poder dentro do contrato.⁴⁶⁸

A despeito das críticas de Aguirre, e de outras dirigidas à autonomia da vontade por conta de sua suposta vocação para a superação de normativas e princípios de políticas públicas através de uma “legislação privada”⁴⁶⁹, muitos autores europeus tem defendido a autonomia da vontade não só nos casos que envolvem relações obrigacionais, mas principalmente em questões que envolvem direito de família e estatuto pessoal.

Como viu-se anteriormente, um dos defensores da autonomia das partes para escolha da lei aplicável em relações de família e de estatuto pessoal é Toni Marzal Yetano. Segundo este autor, é visível nas duas ultimas décadas a lenta mas constante interação da autonomia da vontade nas questões de conflito em direito de família. Segundo ele,

Here and there individuals are offered a limited option to choose the applicable law usually between two equally significant connecting factors, or between the law normally applicable and the *lex fori*. Given the longstanding and frustrating deadlock between different legal traditions over the most appropriate connecting factor in family law, i.e. nationality or domicile, letting the parties choose between the two options would seem just the necessary dose of flexibility to attain international harmony. Thus, party autonomy is usually characterized as an exceptional means of very limited applicability, but in no way promoted as an end in itself.⁴⁷⁰

A posição de Yetano decorre, de um lado, da autonomia privada como atributo dos direitos fundamentais, e especialmente das liberdades garantidas pela

⁴⁶⁷ BASEDOW, Jurgen. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, p.162, 2013.

⁴⁶⁸ Ver, FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Party autonomy: a blank cheque? **Uniform Law Review**, v.17, n.4, p.655-679, 2012.

⁴⁶⁹ MUIR WATT, Horatia. Party Autonomy in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance. **European review of contract law**, v.6, n.3, p.33.

⁴⁷⁰ “Aqui e ali, é oferecida aos indivíduos uma opção limitada para escolher a lei aplicável, geralmente entre dois fatores de conexão igualmente significativos, ou entre a lei normalmente aplicável e a *lex fori*. Dado o longo e frustrante impasse entre diferentes tradições jurídicas sobre o fator de conexão mais adequado no direito da família, ou seja, nacionalidade ou domicílio, deixar as partes escolher entre as duas opções pareceria apenas a dose necessária de flexibilidade para alcançar a harmonia internacional. Assim, a autonomia partidária é geralmente caracterizada como um meio excepcional de aplicabilidade muito limitada, mas de modo algum promovida como um fim em si mesmo.” (trad. livre). YETANO, Toni Marzal. The constitutionalisation of party autonomy in european family law. **Journal of Private International Law**, v.6, n.1, p.156, Apr. 2010.

UE, e de outro, das recentes decisões da ECJ, que segundo ele estariam confirmando a autonomia das partes para escolha da lei aplicável nas relações familiares. Para ilustrar esta posição comenta os já citados casos Garcia Avello e Grunkin Paul, além do caso Grogan,⁴⁷¹ no qual a corte decidiu que os serviços oferecidos por clínicas de aborto em países Membros que permitem a prática são protegidos pelas liberdades garantidas pela UE de prestação de serviços, fato que possibilitaria que pessoas desejosas de realizar abortos poderiam sair de seus países para fazê-lo em outro país membro, sob a proteção da UE.

Yetano atenta para o fato de que as decisões da ECJ foram interpretadas como sendo uma renovação da teoria dos direitos adquiridos, como princípios gerais de reconhecimento, ou mesmo como decorrentes do princípio geral do país de origem. Ao largo destas discussões, Yetano sustenta que “é claro, inobstante, que esta evolução concede enormes poderes aos indivíduos,”⁴⁷² na medida que permitiria que indiretamente escolham a lei aplicável, a partir da definição de onde o status legal de suas escolhas seria constituído. Dentro da estrutura da UE, o autor aduz que “conforme aplicado pela ECJ, a lei relevante será a do país onde a situação se ‘cristalizou’ por primeiro, ou seja, no local em que as autoridades deram, pela primeira vez, algum tipo de reconhecimento.”⁴⁷³

Ainda que a questão possa se confundir em algum grau com a questão do método de reconhecimento que será tratado na próxima seção, importa notar que, assim como defendido por Gama Jr. e Yetano, a autonomia privada tanto nos contratos como nas relações de família e do estatuto pessoal, deve ser interpretada como atributo dos direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa e do respeito pela vida privada e em família. Destarte, dentro da proposta do DIPr funcionalizado ao Desenvolvimento Humano, a autonomia da vontade na escolha de leis, tanto nas relações contratuais como nas pessoais deve ser considerada como válida, desde que aprovada pelo filtro das liberdades em face das demais dimensões que afetam a espécie.

⁴⁷¹ Case C-159/90 *Grogan* [1991] ECR I-04685.

⁴⁷² YETANO, Toni Marzal. The constitutionalisation of party autonomy in european family law. **Journal of Private International Law**, v.6, n.1, p.162, Apr. 2010.

⁴⁷³ “As applied by the ECJ, the relevant law is of the country where the status first ‘crystallised’, that is to say where its authorities first gave it some sort of recognition.” YETANO, loc. cit.

Logo, a tese apresenta uma versão média entre as teorias que pretendem o poder absoluto da autonomia da vontade em todas as relações de DIPr, e aquelas que pretendem restringir ou proibir a escolha da lei pelas partes, como sendo necessária para evitar a fraude à lei e o escape de leis que se fundam em políticas públicas avançadas por um ou outro Estado. Neste sentido, a escolha de lei pelas partes na relação serviria – assim como se propôs para as regras clássicas que persistem na legislação – para orientar o julgador quanto aos interesses dos envolvidos, devendo este analisar, a partir da perspectiva funcional proposta, as consequências da aplicação de tal lei diante da consequência objetiva buscada de aumento das liberdades em prol do desenvolvimento. Realizado o exercício hermenêutico como etapa metodológica, a escolha pelas partes pode ser confirmada ou afastada, em busca de solução que realize em maior grau a função manifesta do DIPr.

3 O MÉTODO DE RECONHECIMENTO DE SITUAÇÕES COMO CONCRETIZAÇÃO DA LIBERDADE

Tanto as questões trabalhadas da Ordem Pública como as questões de autonomia das partes para a escolha do direito aplicável têm relação direta com o tema do método de reconhecimento de situações, defendidos por alguns autores como o Profs. Paul Lagarde e Pierre Mayer como sendo o futuro do DIPr.⁴⁷⁴ Dentro da proposta da presente tese, reconhece-se a importância do método, mas assim como as demais teorias instrumentais do DIPr antes trabalhadas, sua apropriação pelo método aqui proposto depende da realização de algumas mediações. Neste sentido, considera-se o método de reconhecimento das situações como uma das ferramentas, juntamente com tantas outras já mencionadas, capazes de dotar o método de DIPr de uma função que busque o desenvolvimento humano das partes envolvidas.

O professor Lagarde coloca o problema do reconhecimento de situações de forma bastante simples e direta:

Supposons une situation juridique, par exemple un mariage, créée dans un État déterminé. Cette situation est invoquée dans un autre État, par exemple pour mettre à jour des registres d'état civil ou pour réclamer des prestations attachées à la qualité de conjoint. Est-ce possible ? Oui, à la condition que ladite situation soit reconnue dans l'État où elle est invoquée. C'est le problème de la reconnaissance des situations juridiques.⁴⁷⁵

A primeira vista, o método de reconhecimento remete à teoria dos direitos adquiridos, que como viu-se anteriormente era defendida nos EUA na época de Story até o fim da vigência do *1st Restatement on the Conflicts of Law*, e que também foi defendido na Europa continental pela obra de Antoine Pillet, e mais

⁴⁷⁴ LAGARDE, Paul. **La Methode de Reconnaissance Est-Elle L'avenir du Droit Internationale Privé?** Conférence inaugural. Recueil des Cours. 2014. MAYER, Pierre. La Reconnaissance: notions et methods. In: **La reconnaissance des situations en droit international privé** – sous la dir. De Paul Lagarde. Éditions A. Pedone, 2013. MAYER, Pierre. La Phénomène de la Coordination des Ordres Juridiques Étatiques en Droit Privé. **Recueil des Cours**, v.327, 2007. BARATTA, Roberto. La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales. **Recueil des Cours**, v.348, 2010.

⁴⁷⁵ “Suponha uma situação jurídica, por exemplo, um casamento, criado em um estado particular. Essa situação é invocada em outro Estado, por exemplo, para atualizar registros de status civil ou para reivindicar benefícios relacionados ao status do cônjuge. É possível? Sim, desde que a referida situação seja reconhecida no Estado em que é invocada. Este é o problema do reconhecimento de situações legais”. (trad. livre). LAGARDE, Paul. La methode de reconnaissance est-elle l'avenir du droit internationale privé? Conférence inaugural, 2014. **Recueil des Cours**, v.371, p.19, 2014.

tarde também por Niboyet.⁴⁷⁶ Esta remissão se dá pelo fato de que o método de reconhecimento se propõe como mecanismo de reconhecimento de direitos ou situações criadas em outros países, que poderiam assim se caracterizar como direitos adquiridos, em linha com o que propunha a teoria clássica da *common law*.

Entretanto, ainda que o método de reconhecimento de situações tenha relação com as teorias clássicas de direitos adquiridos, a sua proposta renovada, que de acordo com Lagarde teria reganhado atualidade na virada do século XXI, difere daquelas expostas pelos autores citados.

No que se refere à teoria de Pillet, Lagarde a critica pelo fato de que, segundo ela, “para garantir o respeito aos direitos adquiridos no exterior, era necessário ao menos garantir a regularidade de sua aquisição nos termos da lei de direito internacional privado e que cada Estado estaria no direito de aplicar à questão o seu próprio direito internacional privado e não dar execução no seu território, mas apenas para direitos criados em conformidade com as leis que considere competente.”⁴⁷⁷ Para Lagarde esta conclusão seria decepcionante por não romper o bloqueio da aplicação da regra de conflito do foro, razão pela qual teria sido reprovada.

Já no que diz respeito aos *vested rights* de Beale e Dicey, Lagarde entende que ainda que a ideia da teoria também fosse respeitar direitos adquiridos no exterior, ela não pretendia “seguir uma renúncia por parte do Estado do foro da aplicação da sua regra de conflito, mas sim por uma aplicação desta mesma regra de conflito, dar competência, em virtude do princípio da soberania, para lei do Estado em cujo território esses direitos surgiram.”⁴⁷⁸ Deste modo, Lagarde entende

⁴⁷⁶ BARATTA, Roberto. La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales. **Recueil des Cours**, v.348, p.449, 2010.

⁴⁷⁷ “concluait cependant que pour assurer le respect des droits acquis à l'étranger, il fallait au moins s'assurer de la régularité de leur acquisition au regard du droit international privé et que chaque État était en droit d'appliquer à cette question son propre droit international privé et de ne donner exécution sur son territoire qu'aux droits constitués conformément aux lois qu'il considère comme compétentes.” LAGARDE, Paul. La methode de reconnaissance est-elle l'avenir du droit internationale privé? Conférence inaugural, 2014. **Recueil des Cours**, v.371, p.22, 2014.

⁴⁷⁸ “L'idée était aussi de respecter les droits acquis à l'étranger, mais ce n'était pas à la suite d'un renoncement par l'État du for à l'application de sa règle de conflit, mais plutôt par une application de cette même règle de conflit, donnant compétence, en vertu du principe de souveraineté, à la loi de l'État sur le territoire duquel ces droits avaient pris naissance.” LAGARDE, loc. cit.

que a teoria dos *vested rights* não resultava de uma regra de reconhecimento como ele propõe, mas de um “jogo normal da regra de conflito.”⁴⁷⁹

Quanto a Niboyet, Lagarde reconhece o avanço da teoria em relação às demais, em especial pelo fato de excluir a lei do foro como aplicável para determinação do reconhecimento, mas critica o fato de que esta nem sempre favorece o reconhecimento de situações, por conta da exclusão que se opera se a lei do foro se pretender aplicável. Lagarde exemplifica a falha da teoria de Niboyet, por meio do exemplo de dois franceses que “celebram casamento no exterior de acordo com uma lei que não será reconhecida na França se atentar contra as disposições do Código Civil francês que se pretenderia aplicável ao estatuto pessoal dos franceses onde quer que estejam.”⁴⁸⁰

As distinções apresentadas por Lagarde são importantes para se definir o que constitui e quais são as premissas principais do método de reconhecimento de situações por ele proposto. Segundo ele,

Cette méthode a pour objet de faire échapper la situation litigieuse à toutes ces contraintes. Dans son expression la plus nette, elle consiste en ce que l'État dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation, au profit de la loi qui a fait surgir ou tout au moins qui a donné corps à la situation. Pour arriver à ce résultat, il faut évidemment quitter la logique de la règle de conflit bilatérale. C'est l'objet aujourd'hui d'intenses discussions doctrinales, qui, après avoir mis en relief ce que pourraient être les fondements de la méthode de reconnaissance, se poursuivent sur les conditions auxquelles celle-ci serait soumise.⁴⁸¹

Lagarde fundamenta seu método de reconhecimento em três pontos que o justificam: a manutenção do estado das pessoas, os direitos fundamentais e a cidadania europeia. Para fins da tese, pode-se relegar a um segundo plano a cidadania europeia por não se aplicar ao modelo brasileiro. Entretanto, a

⁴⁷⁹ LAGARDE, Paul. La methode de reconnaissance est-elle l'avenir du droit internationale privé? Conférence inaugurale, 2014. **Recueil des Cours**, v.371, p.23, 2014.

⁴⁸⁰ Ibid., p.23-24.

⁴⁸¹ “O objetivo deste método é escapar da situação contenciosa de todas essas restrições. Em sua expressão mais clara, consiste no fato de que o Estado no qual uma situação é invocada renuncia a aplicação de sua própria regra de conflito para verificar a validade desta situação, em favor da lei que deu origem a pelo menos isso dava substância à situação. Para chegar a este resultado, é obviamente necessário deixar a lógica da regra de conflito bilateral. É o objeto hoje de intensas discussões doutrinárias, que, depois de ressaltar quais poderiam ser os fundamentos do método de reconhecimento, continuam nas condições a que ele estaria sujeito.”. (trad. livre). Ibid., p.26.

manutenção das relações pessoais e do estado das pessoas e os direitos fundamentais, conforme extensamente repisado, são fatores de grande valia para o método proposto pela tese.

No que toca à manutenção do estado das pessoas, defende-se aqui que esta estaria diretamente ligada à noção de dignidade e dos direitos fundamentais de respeito à vida privada e familiar. Na contemporaneidade globalizada, o trânsito de pessoas pelos diferentes países seja física ou virtualmente, requer que as situações jurídicas de uma pessoa constituídas em um determinado Estado sejam reconhecidas nos demais, “sem que se questione no Estado em que se busca o reconhecimento tal situação, com base tão somente pelo fato da situação em tela não haver sido criada de acordo com a lei apontada pelo sistema de DIPr do Estado que reconhece.”⁴⁸²

Note-se que o método de reconhecimento fundado sob esta ótica, representa ferramenta importante para que o DIPr cumpra sua função de fomentar o Desenvolvimento Humano por meio da expansão das liberdades, na medida que o reconhecimento de situações validamente criadas no estrangeiro permitiria que as partes chancelassem juridicamente no país que pretendem viver, as escolhas tomadas com base no exercício de liberdades garantidas por leis estrangeiras. Ao mesmo tempo, chama-se atenção para o fato de que essa expansão de liberdades dependeria da leitura sistemática da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável às relações de família, da Ordem Pública Internacional e do método de reconhecimento de situações. Por esta razão, a tese propõe que a sistematização do método funcionalizado para o Desenvolvimento Humano depende do diálogo de todas estas fontes e teorias, que são necessariamente interdependentes e complementares, ao invés de excludentes como alguns pretendem. O método de reconhecimento não sobreviveria se o filtro da ordem pública fosse utilizado para rechaçar as situações validamente criadas em outro Estado, da mesma forma que

⁴⁸² “A une époque de grande mobilité des personnes, on peut estimer choquant que la situation juridique d’une personne, constituée dans un État, soit remise en question dans un autre État où la même personne viendrait à s’établir ou tout simplement dans lequel elle aurait à se prévaloir de son statut, pour la seule raison que cette situation n’aurait pas été créée selon la loi désignée par le système de droit international privé de l’État de reconnaissance.” LAGARDE, Paul. La methode de reconnaissance est-elle l’avenir du droit internationale privé? Conférence inaugural, 2014. **Recueil des Cours**, v.371, p.26, 2014.

o não-reconhecimento da liberdade da parte em atrair para si conscientemente outra lei, esbarraria nas regras rígidas de conflito da tradição clássica que pretendem alocar capacidade regulatória e não promover o desenvolvimento da pessoa concretamente considerada.

Lagarde no entanto faz a ressalva de que o método não pretende o reconhecimento “cego” de todas as situações, mas tão somente aquelas que preencherem algumas condições de reconhecimento. Com isso, Lagarde pretende escapar das críticas, em especial dos autores alemães,⁴⁸³ que vem o método de reconhecimento como uma oportunidade para a criação de fraudes, fórum shopping, casamentos fictícios, etc.⁴⁸⁴

As condições para o reconhecimento segundo o método proposto por Lagarde seriam quatro: a) a existência de uma situação validamente constituída; b) a não-contrariedade da ordem pública do Estado de reconhecimento; c) a situação deve se encaixar sob o método de reconhecimento; e d) que se formula em forma de pergunta, se deve haver alguma exigência de um link de proximidade entre a situação e o Estado da qual tira sua validade.⁴⁸⁵

No que diz respeito à validade da constituição da situação, esta se submete às leis do Estado em que foi criada, de acordo com as leis e regras de conexão daquele Estado. Lagarde reconhece a possibilidade da validade da situação ser contestada na jurisdição do reconhecimento, já que a questão da validade difere da questão do reconhecimento. Ou seja, é possível contestar a validade da situação levada a reconhecimento no Estado do foro, contanto que “esta contestação não seja apreciada segundo as regras de conflito do Estado de reconhecimento, mas sim segundo o direito do Estado de origem.”⁴⁸⁶ Este requisito é fundamental no método proposto por Lagarde, em especial para distingui-lo das teorias anteriores já comentadas.

⁴⁸³ Lagarde faz referência expressa à hostilidade ao método de reconhecimento nos trabalhos de Buschbaum (La reconnaissance des des situations juridiques fondées sur les actes d'état civil? Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois», D., 2011, p.1094.), além de R. Wagner e H. P. Mansel. LAGARDE, Paul. La methode de reconnaissance est-elle l'avenir du droit internationale privé? Conférence inaugural, 2014. **Recueil des Cours**, v.371, p.29, 2014.

⁴⁸⁴ Ibid., p.29.

⁴⁸⁵ Ibid., p.30.

⁴⁸⁶ Ibid., p.31.

Quanto à não-contrariedade à ordem pública do Estado de reconhecimento, Lagarde entende que não haveria necessidade de consideração da proximidade para fins de sua aplicação. Para ele, não haveria razão para o não reconhecimento na França, por exemplo, de um casamento homoafetivo entre um grego e um polonês domiciliados na Bélgica, pelo fato de que não haveria proximidade com a França para este reconhecimento, tendo em vista que o mesmo casamento poderia ter se realizado nos mesmos termos na França, em conformidade com a lei francesa.⁴⁸⁷ O autor também relega a cada Estado Membro o direito de fixar em cada situação o que entende por interesses protegidos pela ordem pública.

Neste ponto, cabe a observação que ao relegar completamente o direito aos Estados de definir em cada situação o que estaria vedado pela ordem pública, abre-se espaço para o eventual esvaziamento do método de reconhecimento como forma de concretização de liberdades como propõe a presente tese. Destarte, dentro da sistematização proposta, ainda que a não-contrariedade à ordem pública resista como elemento do método de reconhecimento, há que se considerar a ordem pública em sua leitura proposta acima, como filtro de confirmação (e não afastamento ou violação) dos direitos humanos/fundamentais e da liberdade em sua concepção plural.

O terceiro requisito do método de Lagarde prescreve que a situação em análise deve suscitar o método de reconhecimento. Pierre Mayer se refere a esta questão como “cristalização” da situação, defendendo que na ausência de uma decisão de uma autoridade que confirme o estabelecimento da situação, esta dependerá de sua cristalização para poder ser reconhecida. Como explica Mayer distinguindo o reconhecimento de decisões daquele de situações:

Dans la méthode de reconnaissance des décisions, comme on l'a vu, la reconnaissance est commandée par le double respect des prévisions des parties et de l'autorité de la décision. En l'absence de décision, la situation

⁴⁸⁷ “L'imposition de conditions de proximité, sous forme positive ou même négative, revient à réintroduire, même de façon atténuée, un raisonnement de conflit de lois qui est antinomique avec l'idée même de reconnaissance. Après tout, dans le cas du mariage entre personnes de même sexe, si un Polonais résidant en Belgique depuis trois mois y épouse un Grec, pourquoi ne pas reconnaître ce mariage en France, où il aurait d'ailleurs pu être célébré dans les mêmes conditions, au motif qu'aucun des deux conjoints ne se rattachait, par la nationalité ou le domicile, à l'État de célébration du mariage et que ce dernier ne serait pas reconnu par les ordres juridiques polonais ou grec?”. LAGARDE, Paul. La methode de reconnaissance est-elle l'avenir du droit internationale privé? Conférence inaugural, 2014. **Recueil des Cours**, v.371, p.36, 2014.

cristallisée est reconnue seulement parce que, sur la base de cette cristallisation, les parties ont formé des prévisions légitimes. Par exemple, la célébration d'un mariage persuade les époux qu'ils sont effectivement mariés; le fait de vivre ensuite ensemble comme mari et femme les en persuade encore davantage.⁴⁸⁸

Esta cristalização a que fazem referência Lagarde e Mayer, representa a força constitutiva dos fatos que clama a interpretação jurídica diante dos direitos humanos e fundamentais, a despeito de formalismos impostos pelas legislações. Como ensina o Prof. Luiz Edson Fachin sobre a abertura do sistema do Direito, aplicável na verificação da cristalização de situações, “é um sistema *dialeticamente aberto*, que deve ser *compreendido* por meio de uma hermenêutica crítica, que submete perenemente as regras aos preceitos constitucionais, destacando-se neles o princípio da *dignidade da pessoa humana*, e à contraprova da realidade.”⁴⁸⁹

Finalmente, no que concerne a questão colocada por Lagarde como quarta condição de reconhecimento, qual seja a existência de uma ligação de proximidade entre a situação e o Estado na qual se constituiu ou “cristalizou”, concorda-se com a visão do autor, no sentido de se considerar para tal análise a possibilidade de uma pluralidade de ordens jurídicas competentes. Neste sentido, e em linha com o que propõe a funcionalização do DIPr ao Desenvolvimento Humano, a imposição de barreiras ao reconhecimento de situações por ausência de ligação das partes com o Estado seria contraproducente, e agregaria complexidades que serviriam unicamente para negar reconhecimento, e não para garanti-lo. Ademais, como expõe Lagarde, não haveria razão para não reconhecer uma situação que, tendo sido celebrada em um Estado que não tem relação de nacionalidade ou residência habitual com nenhum dos contraentes, foi neste reconhecida sem que caracterizasse violação à ordem pública. Assim, pugna que não seria “l’absence de proximité avec tel ou tel État qui permettrait le refus de reconnaissance, mais

⁴⁸⁸ “No método de reconhecimento de decisões, como vimos, o reconhecimento é comandado pelo duplo respeito das previsões das partes e pela autoridade da decisão. Na ausência de uma decisão, a situação cristalizada é conhecida apenas porque, com base nessa cristalização, as partes formaram previsões legítimas. Por exemplo, a celebração de um casamento convence o cônjuge de que eles são realmente casados; então viver juntos como marido e mulher os persuade ainda mais.” MAYER, Pierre. Les methods de la reconnaissance en droit internationale privé. In: **Le droit international privé: esprit et methods**. Mélanges ne l’honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005. p.562.

⁴⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.84.

l'absence de proximité avec tel ou tel ordre juridique pris en bloc et considéré comme compétent.”⁴⁹⁰

Pelo exposto, e dentro da proposta da tese, entende-se que o método de reconhecimento de situações apresenta ferramenta importante para a consecução das consequências objetivas buscadas pelo DIPr, de fomento do Desenvolvimento Humano. A leitura sistemática das regras de conflito, da ordem publica, da autonomia da vontade e do método de reconhecimento de situações, sob o filtro proposto, fornece ao método de DIPr instrumentos úteis, capazes de promover a expansão das liberdades e remover as privações enfrentadas pelas pessoas em seus funcionamentos, em favor do Desenvolvimento, como pretende a teoria de Amartya Sen.

⁴⁹⁰ “Não seria a ausência de proximidade de tal Estado que permitiria a recusa de reconhecimento, mas a ausência proximidade com uma ou outra ordem jurídica, tomada em conjunto e considerada como competente.” LAGARDE, Paul. **Le droit international privé**: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005. p.36.

4 A APLICAÇÃO DE DIREITOS NÃO-ESTATAIS

A última proposição da tese com vistas à sistematização do método, a partir do *leitmotiv* da função como Desenvolvimento Humano, reside na defesa, não só da possibilidade, mas até mesmo da necessidade, de aplicação em determinados casos de fontes de direito privado não-estatais visando o incremento de liberdades e a chancela de funcionamentos que podem estar desapegados de ordens jurídicas estatais. Para fins desta reflexão, considerar-se-á direito não-estatal um corpo de regras produzidas e executadas por atores não-estatais, e está intimamente ligada à ideia do pluralismo jurídico.⁴⁹¹

Os primeiros estudos realizados sobre direitos não-estatais se focavam nas sociedades pré-estatais e como estes povos mantinham a ordem social sem a presença de um poder central.⁴⁹² Diferentes variedades de leis tribais, folclóricas e religiosas eram objeto da análise. Na sequência aparecem estudos sobre o período colonial e a aplicação de leis costumeiras e religiosas diante da colonização pela metrópole. Atualmente, o direito não-estatal se volta principalmente para questões de direito comercial internacional e a regulamentação da internet, além de questões de direitos humanos globais.⁴⁹³

A aplicação de regras de direito ou ordenamentos jurídicos não-estatais não é novidade para o comércio internacional, que por meio da utilização da via arbitral conseguiu em grau elevado libertar-se das amarras⁴⁹⁴ e obstáculos impostos pela diversidade dos ordenamentos e, em certa medida, a inadequação destes como normas genéricas voltadas para relações domésticas em sua aplicação às nuances e particularidades do comércio internacional.⁴⁹⁵

⁴⁹¹ HERTOUGH, Marc. **What is non-state law?** mapping the other hemisphere of the legal world July, 2007. p.4. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1008451> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1008451>>. Acesso em: 15 maio, 2018.

⁴⁹² Ibid., p.18.

⁴⁹³ HERTOUGH, loc. cit.

⁴⁹⁴ DAVID, René, The international unification of private law. **2 International Encyclopedia of Comparative Law**, 1969.

⁴⁹⁵ TOTH, Orsolya. The lex mercatoria in theory and practice. Oxford Scholarship Online: Oxford, 2017. Ver JUENGER, Friedrich K. The lex mercatoria and private international law. **Louisiana Law Review**, v.60, n.4, p.1141, Summer 2000.

Já no caso das cortes estatais, tendo em vista que resolvem o conflito de leis com base em regras de conexão que, conforme visto, se remetem sempre a algum ordenamento jurídico estatal, de um lado porque sediam a relação jurídica com base em critérios geográficos que pertencem a Estados soberanos e de outro porque tem como função justamente a alocação de capacidade regulatória destes entes soberanos (desconhecendo portanto outras fontes legais na indicação da norma a ser aplicada), não teriam possibilidade de optar pela escolha de uma fonte de direito não-estatal para basearem sua decisão.⁴⁹⁶

Esta discussão no ramo do comércio internacional já vem de longa data e conta com um debate caloroso entre apoiadores e opositores da chamada *lex mercatória*, ou direito dos mercadores.⁴⁹⁷ Em linhas gerais, Orsolya Toth coloca a discussão entre aqueles que defendem que de fato existe um corpo de normas jurídicas desapegadas de fronteiras nacionais que teriam capacidade de governar as relações comerciais transfronteiriças sem restrições geográficas. De outro, estariam aqueles que rejeitam essa afirmação, argumentando que “detaching law from the state is little more than wishfull thinking.”⁴⁹⁸

Friedrich Juenger também nota a existência do embate teórico entre aqueles que defendem a *lex mercatoria* e aqueles que a desprezam. Em seu artigo “The *Lex Mercatoria* and Private International Law”, o autor nota já no início o fato de que estes dois termos representam abordagens radicalmente diferentes para o mesmo problema,⁴⁹⁹ asseverando que

Whereas private international law submits these transactions to the law of a particular state or nation, the *lex mercatoria*, a concept that connotes a set of transnational norms, would govern them directly, without the intervention of choice-of-law rules. To link these divergent approaches with the conjunctive “and” may look odd given the abyss that, in the opinion of representatives of these two approaches, separates their respective schools of thought.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ MICHAELS, Ralf. **Non-state law in the hague principles on choice of law in international contracts**, festschrift, forthcoming. p.2. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2386186>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

⁴⁹⁷ MICHAELS, loc. cit.

⁴⁹⁸ “separar a lei do estado é pouco mais do que uma ilusão.” (trad. livre). TOTH, Orsolya, **The *lex mercatoria* in theory and practice**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2017. p.1.

⁴⁹⁹ JUENGER, Friedrich K. The *lex mercatoria* and private international law. **Louisiana Law Review**, v.60, n.4, p.1133, Summer 2000.

⁵⁰⁰ “Enquanto o direito internacional privado submete essas transações à lei de um estado ou de uma nação em particular, a *lex mercatória*, um conceito que conota um conjunto de normas transnacionais, as governaria diretamente, sem a intervenção de regras de escolha de lei. Relacionar essas abordagens divergentes com a conjuntiva “e” pode parecer estranho, dado o

A constatação de Juenger é importante para a discussão proposta pela tese, pois demonstra que o debate sobre as leis não-estatais e o DIPr estão atualmente em posição diretamente antagônica, justamente pelo fato de decorrerem de diferentes escolas de pensamento.

Juenger denomina estas escolas como internacionalismo e conflitualismo. Do lado do internacionalismo, coloca Berthold Goldman, enquanto que do lado conflitualista se refere à Francis A. Mann.⁵⁰¹ Para os internacionalistas, como Goldman, que já defendia desde há muito a normatividade e validade da *lex mercatoria*,⁵⁰² a ideia era a existência de um direito “transnacional” para o comércio, que simplesmente “existia” e se verificava pela sua aplicação e força normativa nas práticas e costumes do comércio internacional.⁵⁰³ Já os conflitualistas rebatem a ideia sob o fundamento de que não haveria sequer uma teoria jurídica que fosse capaz de abarcar a noção de um direito “a-nacional”, além do que a própria existência da *lex mercatoria* segundo Mann seria obscura.

Dentro do debate pretendido pela presente tese, não cabe neste momento o aprofundamento sobre a discussão da existência e constituição da *lex mercatoria*, pois como dito, não seria este o foco da análise. Para fins de exemplificação, no entanto, quando necessário, utilizar-se-ão os Princípios do UniDroit para os Contratos Comerciais Internacionais, por representarem um corpo de normas formalmente produzidas, que supera a discussão da existência ou não da *lex mercatoria* enquanto ainda permite a análise do objeto que é a aplicação por cortes estatais de direitos ou regras não-estatais.

Os “Princípios UniDroit” foram apresentados pela primeira vez em 1994, e foram revisados pela terceira vez em 2010, atingindo a formatação atual. Preparados por um grupo de experts independentes de diversos países e regiões do globo, os Princípios nunca tiveram a pretensão de se tornar lei interna, não

abismo que, na opinião dos representantes dessas duas abordagens, separa suas respectivas escolas de pensamento.” (trad. livre). JUENGER, Friedrich K. The *lex mercatoria* and private international law. **Louisiana Law Review**, v.60, n.4, p.1133, Summer 2000.

⁵⁰¹ JUENGER, loc. cit.

⁵⁰² GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et “Lex Mercatoria”. **Le droit subjectif en question**. Paris: Sirey, 1964. p.193-213.

⁵⁰³ TOTH, Orsolya, **The *lex mercatoria* in theory and practice**. Oxford Scholarship Online: Oxford, 2017. p.1.

tendo sido produzidos com a ideia de ratificação pelos Estados.⁵⁰⁴ Ao contrário, os Princípios tinham a pretensão de se apresentar em formato similar aos *Restatements* norte-americanos, que enquanto fontes secundárias de direito no sistema americano, apresentam uma série de regras que cobrem aspectos gerais e importantes do direito contratual sob a perspectiva comercial internacional.⁵⁰⁵

Os Princípios, portanto, diferentemente da *lex mercatoria* em geral⁵⁰⁶, se apresentam de maneira formal, semelhantes aos artigos de leis que se encontram em codificações civilistas, porém vão além para incluir em alguns artigos ilustrações fáticas destinadas a demonstrar a aplicação prática e as razões da regra, além de suplementar linguagens muito amplas.⁵⁰⁷

O que importa, no entanto, para a presente discussão, é o fato de que existem⁵⁰⁸ regras e corpos de normas jurídicas que não decorrem da atividade legislativa, judicial ou executiva de um determinado Estado, mas que, inobstante, apresentam aplicação e normatividade praticamente idênticas às fontes de origem estatal em determinados contextos.⁵⁰⁹

Para Benoit Frydman, a correta abordagem à esta questão dependeria de uma conceitualização da ideia de lei sem sistema legal, que para ele adviria da transposição da distinção de ramos, a exemplo do que se faz na Economia, entre uma abordagem macro-jurídica e uma abordagem micro-jurídica.⁵¹⁰ A partir desta distinção, Frydman sugere o abandono da ideia de ordenamento jurídico, que permitiria a seu turno a consideração de normas e interações legais entre os atores, indepen-

⁵⁰⁴ BONNEL, Michael Joachim. The unidroit principles 2010: an international restatement of contract law. In: SYMPOSIUM ON THE 2010 UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS: Towards a "Global" Contract Law, 2010. p.10.

⁵⁰⁵ BONNEL, loc. cit.

⁵⁰⁶ Para muitos autores que defendem a existência da *lex mercatoria*, os Princípios UniDroit fariam parte desta. Neste sentido, ver: MICHAELS, Ralf. **The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State**. Indiana Journal of Global Legal Studies. Vol 14, issue 2, Summer 2007, p. 448.

⁵⁰⁷ BONNEL, op. cit., p.10.

⁵⁰⁸ MICHAELS, Ralf. The true lex mercatoria: law beyond the state. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v.14, n.2, p.449, Summer 2007.

⁵⁰⁹ Tome-se como exemplo neste caso, como expôs Lauro Gama Jr em seu Curso na Academia de Direito Internacional da Haia, um contrato de exportação de frangos brasileiros à um país árabe. Ainda que o contrato seja submetido à lei brasileira, que ostenta um direito laico, o contrato também terá que respeitar as regras religiosas do país importador ainda que não sejam regras positivadas na legislação do Estado. GAMA JR., Lauro. **Les Principes UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce international**. Académie de droit international de La Haye, Session de droit international privé 2016. (unpublished). Também se considera a teoria de Santi Romano, que defende que nas sociedades vigoram não um, mas vários ordenamentos jurídicos que coexistem e que têm diferentes relações entre eles. ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Pisa: Spoerri, 1918.

⁵¹⁰ FRYDMAN, Benoit, **A Pragmatic Approach to Global Law**. p.184. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2312504> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2312504>>. Acesso em: 19 aug. 2013.

dentemente de qualquer ordenamento jurídico que se encaixariam.⁵¹¹ Segundo ele essa seria a abordagem exigida pelo pragmatismo, “porque os fenômenos e objetos que se observam na prática nos forçam a assim proceder.”⁵¹²

Além do desapego à ideia de ordenamento jurídico, Frydman também sugere o distanciamento da análise de outra ferramenta do direito moderno que seria o conceito de “fontes” do direito. Segundo este autor, a principal função e efeito deste conceito seria a de conectar a regra, seu significado, escopo, efeitos vinculantes e legitimidade à autoridade que a produz.⁵¹³ De acordo com a visão que defende, o conceito de fontes do direito deveria ser visto em perspectiva, pois não considera apropriada a determinação de valor de uma dada norma exclusivamente em função da sua origem. Como nota, “*For pragmatists, the value of a norm depends less on its ‘pedigree’ than on the effects that it produces.*”⁵¹⁴

A razão posta por Frydman para desconsiderar a ideia de fontes se alinha com o que se propõe na presente tese, porquanto a manutenção deste conceito levaria a um formalismo que ignora a realidade e as lutas de poder dentro das relações humanas,⁵¹⁵ e, justamente por isso, pode levar a aplicação de leis que reduzem os funcionamentos possíveis dentro de contextos específicos.

A tese de Frydman entretanto não dá conta de definir quais tipos de normas não-estatais devem ser reconhecidas como produtoras de efeitos a ponto de serem consideradas como leis. A questão segundo Ralf Michaels coloca seria portanto não a existência destes corpos normativos, mas se eles podem ser de fato considerados como lei.⁵¹⁶

Harm Schepel bem nota neste ponto a importância desta definição, ao afirmar que “if everything is law, nothing is.”⁵¹⁷ Assim, diante da necessidade de manutenção da aspiração normativa da lei, o desafio residiria na busca por um

⁵¹¹ “Our position is not about replacing monism by pluralism, replacing the legal order with a plurality of legal orders, but rather about simply doing without the concept of legal order to immediately consider norms and legal interactions between actors as such, independently of any legal order(s) into which they would fit.” FRYDMAN, Benoit. **A pragmatic approach to global law**. p.185. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2312504> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2312504>>. Acesso em: 19 aug. 2013.

⁵¹² FRYDMAN, loc. cit.

⁵¹³ Ibid., p.186.

⁵¹⁴ Ibid., p.187.

⁵¹⁵ FRYDMAN, loc. cit.

⁵¹⁶ MICHAELS, Ralf. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v.14, n.2, p.448, Summer 2007.

⁵¹⁷ SCHEPEL, Harm. **Rules of recognition**: a legal constructivist approach to transnational private regulation. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013. p.208.

conceito de lei que seja amplo o suficiente para acomodar normas advindas de outras fontes além daquelas consideradas estatais, enquanto se mantem “o poder analítico e normativo da categoria.”⁵¹⁸

Ainda que se reconheça, diante das posições esposadas, a complexidade da discussão sobre a definição do que seria ou não considerado como lei para fins de sua aplicação, não se pretende neste momento o aprofundamento da discussão ou a proposição de respostas a este problema especificamente.

O que se pretende com a reflexão dentro da sistemática do pensamento desenvolvido ao longo dos capítulos anteriores é de um lado, reconhecer a existência de normas legais que advém de fontes não-estatais, e de outro demonstrar que dentro da hipótese trazida pela tese, a consideração e a aplicação de direitos não-estatais é medida que também se impõe na resolução dos conflitos de leis funcionalizada para o Desenvolvimento Humano, por poder ter maior capacidade de realização de funcionamentos e expansão de liberdades em um determinado caso do que a regra estatal que seria aplicável.⁵¹⁹

Neste sentido, utilizando-se como exemplo os Princípios UniDroit anteriormente referenciados, o julgador confrontado com um contrato comercial internacional, deve incluir na sua análise das leis possivelmente aplicáveis também os Princípios UniDroit, na medida que estes tenham o poder de fornecer uma decisão no caso concreto que seja mais justa para as partes, ainda que nenhuma regra de conexão aponte necessariamente para a aplicação desta lei. Ressalte-se que dentro do método de DIPr proposto, a superação da regra clássica de conflito permitiria o recurso a leis produzidas por atores não-estatais, em especial quando estas apresentarem no caso concreto uma solução que irá expandir as liberdades das partes envolvidas em maior grau do que as leis nacionais eventualmente em conflito. No caso específico do comércio internacional, esta será muitas vezes a situação, porque em regra os Princípios UniDroit teriam por exemplo maior adequação para

⁵¹⁸ SCHEPEL, Harm. **Rules of recognition**: a legal constructivist approach to transnational private regulation. Leiden: Martinus Nijhoff, 2013. p.208.

⁵¹⁹ BOGDAN, Michael. Some Reflections on Multiculturalism, Application of Islamic Law, Legal Pluralism and the New EU Succession Regulation. In: **A commitment to private international law**: essays in honour of Hans van Loon. Cambridge, UK: Intersentia, 2013, p.59-68.

reger contratos internacionais de comércio⁵²⁰ do que leis domésticas pensadas para atender a necessidades internas.

Destarte, a sistematização do método de DIPr por meio da funcionalização deste pelo Desenvolvimento Humano, também conjuga a possibilidade de aplicação de direitos não-estatais, quando estes puderem ser verificados como mais adequados para a resolução da questão em disputa, sempre sob o prisma da expansão das liberdades dos envolvidos, da dignidade da pessoa humana e da proteção às partes hipossuficientes.

⁵²⁰ “De plus, nous avons conclu que la loi nationale n'a pas toujours vocation à régir une relation transnationale. Par contre, les Principes d'UNIDROIT se présentent comme un outil adéquat pour régir les contrats internationaux.” GAMA JR., Lauro. **Les principes UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce international**. Académie de droit international de La Haye, Session de droit international privé 2016. (unpublished).

CONCLUSÃO

Partindo-se das premissas definidas no primeiro capítulo e diante da proposta de análise do Direito Internacional Privado sob o prisma da função manifesta conforme defendido por Robert Merton, revisitou-se as teorias clássicas da Europa continental e da tradição da *common law*. A análise empreendida possibilitou a identificação da função clássica do DIPr como sendo voltada aos interesses dos Estados soberanos, fosse pela ideia de distribuição de capacidade regulatória entre estes, fosse pela ideia dos direitos adquiridos respeitados por conta do conceito de *comity*, diante de ideias de reciprocidade, interesse e conveniência dos Estados.

Viu-se também que as críticas ao modelo clássico iniciadas nos Estados Unidos, em especial no ramo das obrigações e da responsabilidade civil, importaram verdadeira Revolução dentro da disciplina, porquanto alteraram profundamente as bases filosóficas dos conflitos de leis, alterações estas motivadas pelo Realismo Jurídico americano e a busca por decisões justas que clamavam pela flexibilização das regras de conflito em vista dos resultados materiais alcançados. Da mesma forma, identificou-se a influencia da Revolução americana no continente europeu, que encontra nas regras de DIPr mecanismo essencial para o bom funcionamento do bloco regional criado no final do século XX, e que por conta disso vê-se diante da necessidade de ressignificação das regras de conflito nacionais diante de necessidade comunitárias. Viu-se da mesma forma, que o movimento de uniformização e harmonização do DIPr vem ganhando força, e pode representar ferramenta importante para a universalização da proteção da pessoa humana.

A pesquisa empreendida também identificou que são muitos os autores que defendem uma renovação na dogmática do DIPr, e que reconhecem a deficiência do modelo atual diante da complexidade da contemporaneidade, da rapidez da evolução tecnológica e da necessidade cada vez maior de uma regulação que permita e fomenta o desenvolvimento humano.

Da mesma forma, demonstrou-se como a ascensão do discurso dos direitos humanos e da proteção da pessoa humana afetou o Direito das Nações, promovendo uma alteração na abordagem do desenvolvimento dos países, que deixa de ser focada no Estado para passar a focar a pessoa humana e os direitos humanos.

O *human rights approach* conforme sua concepção contemporânea atinge profundamente a função do DIPr dentro da teoria clássica de Savigny, e exige a mudança axiológica desta. Agrega-se ao *human rights approach* a ascensão da dignidade da pessoa humana como imperativo ético existencial e ponto de convergência de todo ordenamento jurídico no plano doméstico, como fatores que demandam um novo enfoque funcional por parte dos conflitos de leis.

A presente tese pretendeu, portanto, analisar o Direito Internacional Privado do século XXI a partir de um enfoque funcional, que contemplasse diferentes teorias jurídicas e sociais que permeiam a ciência do Direito neste momento histórico, buscando sistematizar e até mesmo ressignificar as regras conflituais, a fim de que estas estejam em conformidade com os preceitos constitucionais que norteiam a hermenêutica jurídica hodierna.

Diante desta pretensão, adotou-se o marco teórico de Amartya Sen e seu Desenvolvimento como Liberdade como vetor da funcionalização do DIPr, com vistas à adequação das regras de conflito à realidade contemporânea. A eleição deste marco teórico se dá também com base na premissa defendida por Melina Fachin, de que o direito ao desenvolvimento se apresenta como instrumental teórico verdadeiramente universalizável e, portanto, passível de superação do discurso parcial de universalização dos direitos humanos.

Mais do que isso, pretendeu-se confirmar a hipótese de uma releitura do Direito Internacional Privado tendo como principal vetor a confirmação de liberdades e da dignidade da pessoa, visando um sistema ao mesmo tempo justo e previsível.

Logo, com base na teoria de Sen, defendeu-se a superação do método clássico, sem abandoná-lo por completo. Como viu-se ao longo do capítulo 5, a proposta da tese apresenta um método de resolução dos conflitos de leis de base consequencialista, que não requer a refutação completa do método tradicional, mas que pretende sua leitura sob renovadas bases, que se prestam para afastar a rigidez do comando da regra conflitual com vistas à expansão das liberdades experimentadas pelos indivíduos em prol do desenvolvimento.

Pugna-se deste modo, que a alteração na função do DIPr, de alocação de capacidade regulatória entre Estados soberanos para a resolução dos conflitos de leis

com foco na expansão das liberdades, em especial substanciais dos indivíduos, refletiria a mudança axiológica representada pela emergência do *human rights approach* no plano internacional e do constitucionalismo no plano doméstico. A renovada função do DIPr exerceria o papel de um filtro, que exigiria do julgador em um determinado caso, a análise das consequências materiais da aplicação das diversas leis em conflito, devendo este optar por aquela que represente o maior incremento das liberdades dos envolvidos, aumentando sua emancipação e seu conjunto capacitário para a realização de funcionamentos relevantes.

Sob este filtro do Desenvolvimento como Liberdade, a sistematização proposta consegue conjugar diferentes teorias que buscaram oferecer instrumentos de resposta às necessidades atuais da disciplina, como complemento. Assim, verificou-se como a Ordem Pública Internacional, a autonomia da vontade das partes e o método de reconhecimento de situações se complementam e podem ser lidos sob as lentes do filtro proposto. Ademais, demonstrou-se que em determinadas situações, as cortes podem ser levadas à aplicação de direitos não-estatais como os Princípios UniDroit, nos casos envolvendo contratos internacionais.

Ressalte-se que a proposta da tese não é utópica ou inatingível, e tem viés de universalidade, o que permite sua adoção por todos os sistemas de DIPr independentemente de alterações legislativas. Conforme demonstrou-se através de casos julgados na Europa, Estados Unidos e Brasil, já não são raras as decisões que podem ser lidas sob o filtro do Desenvolvimento como Liberdade, e que optaram pela superação da regra clássica de conflito em favor de decisões que se preocuparam com os resultados materiais atingidos, e os obstáculos que se apresentariam pela aplicação da lei comandada pela regra clássica.

Ademais, o pluralismo cultural do mundo hodierno e as cada vez maiores facilidades de locomoção e comunicação exigirão do Direito, e do DIPr em especial, respostas que sejam justas, e que contribuam para a implementação de políticas que visam proteção da pessoa e o aumento do desenvolvimento humano. Nesta esteira, defende-se que a hipótese apresentada pela tese seria capaz de fornecer uma ferramenta teórica importante para a consecução destes objetivos.

REFERÊNCIAS

ADLER, MORTIMER J. **The idea of freedom: a dialectical examination of the conceptions of freedom**. New York: Doubleday & Company, Inc., 1958.

ANCEL, Bertrand. Destinées de l'article 3 du code civil. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur**. Paris: Dalloz, 2005.

ARAUJO, Nádia. **Direito internacional privado. Teoria e pratica brasileira**. 5.ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

AUDIT, Bernard. Le caractere fonctionnel de la règle de conflit (sur la 'crise' des conflits de lois). **Recueil des Cours**, v.186, p.231, 1984.

_____. Le droit international privé em quête d'universalité. **Recueil des Cours**, v.305, p.23, 2003.

_____. Les avatars de la loi personnelle em droit international privé contemporain. In: FOYER, Jacques. **Le monde du droit: écrits rediges en l'honneur**. Paris: Economica, 2007. p.49-70.

BALLARINO, Tito; ROMANO, Gian Paolo. **Le principe de proximité chez Paul Lagarde**. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur**. Paris: Dalloz, 2005.

BARATTA, Roberto. La reconnaissance international des situations juridiques personnelles et familiales. **Recueil des Cours**, v.348. p.449, 2010.

BARKHUYSEN, Tom; EMMERIK, Michiel van. Constitutionalisation of private law: The European Convention on Human Rights perspective. In: BARKHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert. **Constitutionalization of private law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishing, 2006. p.43-57.

BARKHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert. **Constitutionalization of Private Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishing, 2006.

BASEDOW, Jurgen. Recherches sur la formation de l'ordre public europeen dans la jurisprudence. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur**. Paris: Dalloz, 2005.

_____. The Communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam. **Mkt. L. Rev.**, v.37, p.687, 2000.

_____. The law of open societies – private ordering and public regulation of international relations. **Recueil des Cours**, v.360, 2013.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. 3.ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEALE, Joseph Henry. **A treatise on the conflict of laws**. New York: Baker, Voorhis & Co, 1935.

BEAUMONT, Paul; WALKER, Lara. Post neulinger case law of the european court of human rights on the hague child abduction Convention. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law**: essays in honour. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.17-30.

BEDJAOUI, Mohammed. **The Right to Development**. In: _____ (Org.). **International law**: achievements and prospects. Paris, Dordrecht: Unesco e Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

BERAUDO, Jean-Paul. Faut-il avoir peur du contrat sans loi? In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé**: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. Le droit d'une "communauté de lois": le front européen. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé**: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Brasil, v.1, p.59-73, 1991.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 1.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.105-147.

BOELE-WOELKI, Katharina. **(Cross-Border) Surrogate Motherhood: We Need to Take Action Now!** In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law**: essays in honour. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.47-58.

BOELE-WOELKI, Katharina; VAN OOI, Ronald H. The communitarization of private international law. **Yearbook of Private Int'l Law**, v.4, n.1, 2002.

BOGDAN, Michael. Some reflections on multiculturalism, application of islamic law, legal pluralism and the new EU succession regulation. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law**: essays in honour. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.59-68.

BONOMI, Andrea. Regles europeennes de competence et regles nationales de reconnaissance: une cohabitation difficile. **Liber Amicorum Alegría Borrás**, Barcelone: Marcial Pons, 2013. p.241-254.

BORCHERS, Patrick J. **Flexibility and Predictability: the Emergence of Near-universal Choice of Law Principles**. In: Balancing of interests: liber amicorum Peter Hay zum 70. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2005.

BRAND, Ronald A. jurisdictional developments and the new hague judgments project. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law**: essays in honour. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.89-100.

BRUGGEMEIER, Gert. Constitutionalisation of Private Law – the german perspective. In: BARKHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewert. **Constitutionalization of private law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishing, 2006. p.59-82.

BUCHER, Andreas. La competence universelle civile. **Recueil des Cours**, v.372, 2014.

_____. La dimension sociale du droit international privé. **Recueil des Cours**, v.341, p.58, 2009.

- BUCHER, Andreas. La migration de l'état civil. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law: essays in honour**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013, p.101-112.
- BUREAU, Dominique. L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois. In: _____. **Mélange en hommage à F. Terrer**. Paris: Dalloz, 1999.
- BUREAU, Dominique; MUIR WATT, Horatia. L'imperativité désactivée? À propos de Cass. Civ. 1re, 22 octobre 2008. **Revue Critique DIP**, v.98, n.1, jan./mar. 2009.
- BUTLER, William E. On teaching the history of international law. **American Journal Legal History**, v.53, p.457, 2013.
- CAMPINHO, Bernardo Brasil. O direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos – delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Regina Prado. **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. International Law for Humankind: Towards a new Jus Gentium. **Recueil des Cours**, v.316, 2005.
- CARBONE, Sergio M. Party Autonomy in Substantive and Private International Law: various techniques and a unitary function. **Party autonomy in European private (and) international law**, vol. 1, 2015.
- CAVERS, David F. A critique of the choice-of-law problem. **Harvard Law Review**, v.47, p.173-208, 1933.
- CHAMBERLAND, Jacques. La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law: essays in honour**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.113-122.
- CIACCHI, Aurelia Colombi. Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union. **European review of contract law**, v.6, n.3, p.303-318, 2010.
- COX, Stanley E. Back to conflicts basics: choice of law and multistate justice, In: JUENGER, Friedrich K. **Catholic University Law Review**, v.44, n.2, Winter 1995.
- CURRIE, Brainerd. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. **Duke Law Journal**, v.8, n.2, 1959.
- _____. **Selected essays on the conflict of laws**. Durham, North Carolina: Duke University Press, 1963.
- D'AVOUT, Louis. **Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé**. Paris: Pedone, 2010.
- DE NOVA, Rodolfo. Historical and comparative introduction to conflict of laws. **Recueil des Cours**, v.118, p.435-599, 1966.
- DICEY, Albert Venn. **A digest of the law of England with reference to the Conflict of Laws**. [s.l.]: [s.n.], 1896.
- DICKINSON, Andrew. European private international law: embracing new horizons or mourning the past? **J. Private Int'l L.**, v.1, n.2, p.197, 2005.
- DOLINGER, Jacob. **A ordem pública internacional em seus diversos patamares: direito internacional: doutrinas essenciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v.1.

DOLINGER, Jacob. **As fontes judaicas dos direitos humanos**. Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Fabris, 2005. v.2.

_____. **Evolução da ordem pública no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Editora Universitária, 1979.

DUTOIT, Bernard. Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant: le choc qui fait chic? In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law**: essays in honour. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.143-156.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.

EVRIGENIS, Dimitrios J. Tendances doctrinales actuelles en droit international privé. **Recueil des Cours**, v.118, 1966.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentidos, Transformações e Fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. 3.ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHIN, Melina G. **Direito humano ao desenvolvimento**: universalização, ressignificação e emancipação. Tese de Doutorado PUC-SP. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6099/1/Melina%20Girardi%20Fachin.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

FADLALLAH, Ibrahim. L'Ordre public dans les sentences arbitrales. **Recueil des Cours**, v.249, 1994.

FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne. **The Oxford Handbook of the history of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Competence exclusive et competence exorbitante dans les relations privées internationales. **Recueil des Cours**, v.323, 2006.

FERRER-CORREIA, Antonio de Arruda. Les problèmes de codification em droit international privé. **Recueil des Cours**, v.145, 1975.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Ed. Trotta, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. Sao Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOYER, Jacques. Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public depuis la thèse de Paul Lagarde. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé**: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Party autonomy: a blank cheque? **Uniform Law Review**, v.17, n.4, p.655-679, 2012.

_____. Public policy: common principles in the American States. **Recueil des Cours**, v.379, p.73-258, 2015.

FRUEHWALD, Edwin Scott. **Choice of law for American Courts**: a multilateralist method. Connecticut: Greenwood Press, 1955.

GAILLARD, Emmanuel. **The role of the arbitrator in determining the applicable law**. In: The leading arbitrators' guide to international arbitration. New York: Juris Publishing, Inc., 2015.

GAMA JR., Lauro. **Les principes UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce international**. Académie de droit international de La Haye, Session de droit international privé, 2016. (unpublished).

_____. Lauro. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. (Org.). **Estudios sobre contratación internacional**. Madri: Editora COLEX, 2006.

GANNAGÉ, Léna. Droit fondamentaux et droit international privé de la famille: quelques remarques sur une cohabitation difficile. **Arch. Phil. Droit**, v.57, p.229-247, 2014.

_____. **La hierarchie des normes et les methodes du droit international prive**: etude de droit international prive de la famille. Paris: LGDJ, 2001.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. Individualisme et mondialisation: aspects de droit international privé de la famille. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law**: essays in honour. Cambridge, UK: Intersentia, 2013, p.181-194.

GOTHOT, Pierre. Simples reflexions à propos de la saga du conflit des lois. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé**: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005.

GRINSWOLD, Erwin. Mr. Beale and the conflict of laws. **Harv. L. Rev.** v.56, n.5, p.690, Mar. 1943.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martinsfontes, 2014.

HALPERIN, Jean-Louis. **Five legal revolutions since the 17th century**: an analysis of a global legal history. Switzerland: Springer International Publishing, 2014.

HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HARTLEY, Trevor. Choice-of-court agreements, lis pendens, human rights and the realities of international business: reflections on the Gasser case. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé**: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005.

_____. **Recognition of polygamous marriages in english law**. La reconnaissance des situations en droit international privé. Paris: Pedone, 2013.

HAY, Peter. Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law: reflections on current european and united states conflicts law. **Recueil Des Cours**, v.266, 1991.

HAYEK, F. A. **The constitution of liberty**: the definitive edition. Chicago: University of Chicago Press, 2011.

_____. **Law, Legislation and Liberty**: a new statement of the liberal principles of justice and political economy. Routledge: London, 1998.

HERTOGH, Marc. **What is non-state law? Mapping the other hemisphere of the legal world**. July, 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1008451orhttp://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1008451>>. Acesso em: 22 maio 2018.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. **Rivista di Diritto Civile**, anno XLIII, n.2, mar./apr. 1997.

JAYME, Erik. Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé. **Recueil des Cours**, v.177, p.9-101, 1982

_____. Direito internacional privado e cultura pós-moderna (1996). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v.1, n.1, nov. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43487/27366>>. Acesso em: 02 mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.43487>.

_____. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. Cours generale. **Recueil des Cours**, v.251. p.9-267, 1995.

_____. La création d'un droit international privé européen. **Les petites affiches**, n.58, p.13, 1985.

_____. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização (2000). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v.1, n.1, nov. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43490/27368>>. Acesso em: 02 mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.43490>.

_____. O direito internacional privado e a família no umbral do Século XXI (2000). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v.1, n.1, nov. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43491/27369>>. Acesso em: 02 mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.43491>. ISSN 2317-8558.

_____. Party autonomy in international family and succession law: new tendencies. **Yearbook of private international law**, v.11, p.1-10, 2009.

_____. Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888). L'attualità del suo pensiero. **Atti Acc. Rov. Agiati**, 1987.

_____. Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos no direito internacional privado (1994). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v.1, n.1, nov. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43486/27365>>. Acesso em: 02 mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.43486>.

JESSUP, Philip C. **A modern law of nations**. New York: Macmillan, 1948.

JOHN, Tomas; DELAHAYE, Lukas. The Use of Private International Law Escape Devices to Manage and Mediate Application of (Foreign) Human Rights in Civil and Commercial Disputes in Australia. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law: essays in honour**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.235-252.

JOSSELIN-GALL, Muriel. La place de l'état dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé: esprit et methods**. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005.

JUENGER, Friedrich K. **Choice of law and multistate justice**. Dordrecht: Nijhoff, 1993.

_____. La doctrina estadounidense contemporánea a través de algunos autores. In: PRIMER SEMINÁRIO NACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Mexico City, p.249-275, 1979.

_____. The lex mercatoria and private international law. **Louisiana Law Review**, v.60, n.4, Summer 2000.

KAHN-FREUND, O. General problems of private international law. **Recueil des Cours**, v.143, p.139-474 1974.

KEGEL, Gerhard. The crisis of conflict of laws. **Recueil des Cours**, v.112, p.91-268, 1964.

KESSEDJIAN, Catherine. Le dialogue des juges dans le contentieux privé international. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law: essays in honour**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013, p.253-258.

KESSEDJIAN, Catherine; HO, Edward; VAN DE VELDEN, Jacob. **International civil litigation and the interests of the public, report of the international law association**. Sofia Conference, 2012. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/D7AFA4C8-E599-40FEB6918B239B949698>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

KIESTRA, Louwrens R. **The impact of the european convention on human rights on private international law**. Maastricht: Asser Press, 2014.

KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. From multiculturalism to technique: feminism, culture, and the conflict of laws style, **Stan. L. Rev.**, v.64, p.589, 2012.

KRAMER, Xandra Ellen; THEMELI, Erlis. The party autonomy paradigm: european and global developments on choice of forum. In: **Brussels ibis regulation: changes and challenges of the renewed procedural scheme**. The Hague, Países Baixos: TMC Asser Press, Berlim: Springer-Verlag 2017.

KRONSTEIN, Heinrich. Crisis of 'conflict of laws'. **Geo. L. Journ.**, v.37, p.483-513, 1948-1949.

LAGARDE, Paul. Instrument optionnel international et droit international privé – subordination ou independance? In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law: essays in honour**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.287-298.

_____. La methode de reconnaissance est-elle l'avenir du droit internationale privé? Conférence inaugural, 2014. **Recueil des Cours**, v.371, p.9-42, 2015.

_____. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. **Recueil des Cours**, v.196, p.25-237, 1986.

LALIVE, Pierre A. Tendances et methods en droit international privé: cours general. **Recueil des Cours**, v.155, p.1-424, 1977.

LANDBRECHT, Johannes. The hague conference on private international law: shaping a global framework for party autonomy. **Revue de droit des affaires internationals**, n.1, p.35-46, 2017.

LANDO, Ole. The draft hague principles on the choice of law in international contracts and Rome I. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law**: essays in honour. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.299-310.

LAVAL, Sarah. A comparative study of party autonomy and its limitations in international contracts. **Cardozo journal of international & comparative law**, v.25, n.1, p.29-76, 2016.

LEQUETTE, Yves. Le droit international privé et les droits fondamentaux. **Liberte et Droits Fondamentaux**, Paris: Dalloz, 2010. p.115.

LEW, Julian D. M. Determination of applicable substantive law. **International Business Law**, v.25, p.157, 1997.

LIMA MARQUES, Claudia. The Need for a Global Cooperation Network to Protect Foreign Tourists/Consumers and the Comeback of Private International Law. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law**: essays in honour. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.311-324.

LIPSTEIN, Kurt. Private International Law. **Mohr/Nijhoff**, v.III, 1994.

_____. The general principles of private international law. **Recueil des Cours**, v.135, p.97-229, 1972.

MAEKELT, Tatiana B. General rules of private international law in the Americas: new approach. **Recueil des Cours**, v.177, p.193-380, 1982.

MAHIOU, Ahmed. Development, International Law of. In: WOLFRUM, Rudiger. **Max Plank Encyclopedia of Public International Law**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012. v.3.

MANCINI, Pasquale Stanislao. **Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti**. Torino: Giappichelli, 1994.

MANSEL, Peter-Heinz. **Party autonomy, legal doctrine on choice of law, and the general section of the european conflict of laws**. General principles of European private international law. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

MAULTZSCH, Felix. Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument? **Journal of private international law**, v.12, n.3, p.466-491, 2016.

MAYER, Pierre. La phénomène de la Coordination des Ordres Juridiques Étatiques en Droit Privé. **Recueil des Cours**, v.327, p.9-377, 2007.

_____. La reconnaissance: notions et methods. In: LAGARDE, Paul. **La reconnaissance des dituations en droit international privé**. Pedone: Sous la dir. Éditions A., 2013.

_____. Les methods de la reconnaissance en droit internationale privé. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé**: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005.

MERTON, Robert. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968.

MICHAELS, Ralf. Globalisation and Law: Law Beyond the State. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max. **Law and social theory**. Oxford: Hart Publishing, 2013. p.287-303.

_____. Globalizing savigny? the state in savigny's private international law and the challenge from europeanization and globalization. In: MUIR WATT, Horatia. **Private international law and public law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015.

_____. The new european choice-of-law revolution. **TUL. L. REV.**, v.82, p.1607, 2008.

_____. What is Non-State Law: a primer. In: HELFAND, Michael A. (ed.). **Negotiating state and non-state law: the challenge of global and local legal pluralism**. New York: Cambridge University Press, 2015. p.41-58.

MICHAELS, Ralf; WHYTOCK, Christopher A. Internationalizing the new conflict of laws restatement. **Duke Journal of Comparative and International Law**, v.27, p.349, 2017.

MILLS, Alex. **Rethinking jurisdiction in international law: in the british yearbook of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. **The confluence of public and private international law: justice, pluralism and subsidiarity in the International Constitutional Ordering of private law**. Cambridge University Press, 2015.

_____. The dimensions of public policy in private international law. **Journal of Private International Law**, August, 2008.

_____. The identities of private international law: lessons from the U.S. and EU revolutions. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v.23, n.3, p.445, Spring 2013.

MISES, Ludwig Von. **Human Action: a treatise on economics**. 4th rev. ed. San Francisco: Fox & Wilkes: 1963.

MONÉGER, Françoise. The last ten: ou les derniers États des États-Unis d'Amérique fidèles à la lex loci delicti. In: Paul Lagarde. **Le droit international privé: esprit et methods**. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005.

MORSE, Robin. Substance and Procedure: Aspects of Damages in Tort in the Conflict of Laws. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law: essays in honour**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.389-396.

MUIR WATT, Horatia. Concurrence des ordres juridiques et conflit de lois de droit privé. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé: esprit et methods**. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005.

_____. Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois). **Arch. Phil. Droit**, n.41, 1997.

_____. Party autonomy in global context: the political economy of a self-constituting regime. **The Japanese yearbook of international law**, v.58, p.175-195, 2015.

MUIR WATT, Horatia. Party Autonomy in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance. **European review of contract law**, v.6, n.3, p.250-283, 2010.

NALIN, Paulo Roberto; SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, César. A. G.; TRIPODI, Leonardo. The social function of the Contract and the International Sale of Goods (CISG): The contribution of Brazilian law to a global debate. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar; TRIPODI, Leonardo (Org.). **CISG and Latin America: regional and global perspective**. 1.ed. Haia: Eleven International Publishing, 2016. v.1, p.359-378.

NALIN, Paulo Roberto. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NOWAK, Manfred. The Three pillars of the united nations: security, development and human rights. In: SALOMON, Margot E.; TOSTENSEN, Arne; VANDENHOLE, Wouter (Eds.). **Casting the net wider: human rights, development and new duty-bearers**. Antwerp-Oxford: Intersentia, 2007.

OPERTTI BADÁN, Didier. The relationships between Latin America and the Hague Conference Regarding the recent developments of private international law. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law: essays in honour**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.421-432.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revue de l'École nationale de la magistrature**, n.3, jun. 1990.

PARIZER-KRIEF, Karène. Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne: de l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contats internationaux à but lucratif. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v.3, 2011.

PATAUT, Étienne. De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel. In: LAGARDE, Paul. **Le droit international privé: esprit et methods**. Mélanges ne l'honneur. Paris: Dalloz, 2005.

PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. **International and Comparative Law Quarterly**, v.60, 2011.

PAUNIO, Elina. Beyond predictability: reflections on legal certainty and the discourse theory of law in the EU legal order. **German Law Journal**, v.11, n.1, p.469-1494, 2009.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. The Revolution of Private International Law in the World at Present, Regarding the Mexican Case. In: LOON, Hans van. **A commitment to private international law: essays in honour**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.453-465.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. Direito humanos e desenvolvimento: a contribuição das Nações Unidas. In: AMARAL JR., Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Claudia. **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp/Fapesp, 1999.

PILLET, Antoine. La théorie générale des droit acquis. **Recueil des Cours**, n.8, 1925.

POCAR, Fausto. La codification européenne du droit international privé : vers la adoption de regles rigides ou flexibles vers les États tiers? In: **Le droit international privé: esprit et methods**. Mélanges ne l'honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005.

RADBRUCH, Gustav. Du droit individualiste au droit social. **Arch. Phil. Droit**, n.3-4, 1931.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. On the concept of function in social science. **American Anthropologist**, v.37, 1935.

_____. **Structure and function in primitive society**: essays and addresses. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1952.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado**: teoria e prática. 15.ed. rev e atual. Sao Paulo: Saraiva, 2012.

REESE, Willis L. M. Conflict of Laws and the Restatement Second. **Law and Contemporary Problems**, v.28, p.79-699, Fall 1963.

REIMANN, Mathias. Savigny's triumph? Choice of law in contracts cases at the close of the Twentieth Century. **Virginia Journal of International Law**, v.39, p.571. 1998.

REMIEN, Oliver. European private international law, the european community and its emerging area of freedom, security and justice. **Common MKT. L. Rev.**, v.38, n.53, p.60, 2001.

REVILLARD, Mariel. L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales: regards sur les recents instruments internationaux. In: **A commitment to private international law**: essays in honour of Hans van Loon. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.487-502.

REZEK, Francisco. **Manual de direito internacional público**: curso elementar. 13.ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROMANO, Gian Paolo. La bilateralité éclipse par l'autorité: developpements recentes em matière d'état des personnes. **Revue Critique DIP**, v.95, n.3, juillet/septembre 2006.

ROMESIN, Humberto Maturana. Artigo 29. In: CASTRO, Reginaldo Oscar (Coord.). **Direitos humanos**: conquistas e desafios. Brasília: Letrativa, 1999

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdades**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SAASTAMOINEN, Salla. The european private international law and the charter of fundamental rights. In: **A commitment to private international law**: essays in honour of Hans van Loon. Cambridge, UK: Intersentia, 2013, p.503-514.

SACHS, Ignacy. **Repensando o crescimento econômico e o progresso social: o âmbito da política**. In: ABRAMOVAY, Ricardo; ARBIX, Glauco; ZIBOVICIUS, Mauro. **Razões e ficções do desenvolvimento**. São Paulo: Edusp, 2001.

SALMÓN, Elizabeth. O longo caminho da luta contra a pobreza e seu alentador encontro com os direitos humanos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v.4, n.7, p.153, 2007.

SAVIGNY, Friedrich von. **Private international law**: a treatise on the conflict of Laws and the limits of their operation in respect of place and time. Trad. William Guthrie. London: Stevens & Sons, 1869.

SCHULZ, Andrea. The abolition of exequatur and State Liability for human rights violations through the enforcement of judgments in European Family law. In: **A commitment to private international law**: essays in honour of Hans van Loon. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.515-528.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **Inequality reexamined**. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

SIEHR, Kurt. The EU maintenance regulation and the Hague Maintenance Protocol of 2007. Recognition of Foreign Judgments and the Public Policy Defence. In: **A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.529-541.

SINAY-CYTERMANN, Anne. **La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur**. In: *Le droit international privé: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur de Paul Lagarde*. Paris: Dalloz, 2005.

SMART, Barry. **Modern conditions, postmodern controversies**. New York: Routledge, 1992.

STEWART, David P. The many perspectives of private international law. In: **A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.541-554.

STORY, Joseph. **Commentaries on the conflicts of laws**. Boston: [s.n.], 1834.

STRUYCKEN, A. Locus regit actum, un nouvel avatar hollandais. In: *Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et methods. Mélanges ne l'honneur*. Paris: Dalloz, 2005.

_____. Reconnaissance et homage. In: **A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.561-568.

SUN, Jianhua. A Comparative Analysis of the Special Limitations to Party Autonomy in Non-Contractual Obligation in EU and China. **US-China law review**, v.13, n.5, p.399-413, 2016.

SYMEONIDES, Symeon C. Codification and Flexibility in Private International Law. In: *GENERAL REPORTS OF THE XVIIIth CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW*. K.B. Brown & D.V. Snyder eds., 2012.

_____. **The American choice-of-law revolution: past, present and future**. Leiden: Brill Nijhoff, 2006.

TEN WOLDE, M. H. The relativity of legal positions in cross-border situations: The foundations of private interregional law, private intra-community law and private international law. In: **A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon**. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.569-582.

TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 11.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v.1.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMLINSON, John. **Globalization and culture**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

TRUBEK, David. M. O “império do direito”: na ajuda ao desenvolvimento passado, presente e futuro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro – textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUTUIANU, Simona. **Towards global justice**: sovereignty in an interdependent world. The Hague: Asser Press., 2013.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1980. v.1.

VAN LOON, Hans. The global horizon of private international law. Conference Inaugural de La Academie de La Haye. **Recueil des Cours**, v.380, p.9-108, 2016.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. **La communautarisation du droit international privé des contrats**: remarques en marge de l’uniformisation européenne du droit des contrats. In: Le droit international privé: esprit et methods. Mélanges ne l’honneur de Paul Lagarde. Paris: Dalloz, 2005.

_____. Notes on an unstable couple: party autonomy and public policy in the hague principles on choice of law in international commercial contracts. **Yearbook of private international law**, 2015-2016. v.17.

_____. L’exception d’ordre public et la régularité substantielle international de la loi étrangère. **Recueil des Cours**, v.371, p.153-272, 2014.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho. **Direito internacional privado, a proteção do ser humano e a falácia do ineditismo constitucionalista e tratadista**. Tese de Doutorado defendida na Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7317. Acesso em: 30 mar. 2017.

VEROSTA, Stephan. **History of International Law, 1648 to 1815**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford: Oxford University Press, 2015.

VIARENGO, Ilaria. The role of party autonomy in cross-border divorces. *Nederlands international privaatrecht: repertorium op verdragenrecht, wetgeving, literatuur en rechtspraak*, v.30, n.4, p.555-561, 2012.

VITTA, Edoardo. Cours general de droit international privé. **Recueil des Cours**, v.162, p.9-243, 1979.

VITTA, Edoardo. The Impact in Europe of the American “Conflicts Revolution”. **The American Journal of Comparative Law**, v.30, n.1, Winter 1982.

VLAS, Paul. Public policy in private international law and its continuing importance. In: **A commitment to private international law**: essays in honour of Hans van Loon. Cambridge, UK: Intersentia, 2013. p.621-630.

WAUTELET, Patrick. **Party autonomy in international family relationships**: a Research Agenda. In: The citizen in European private law: norm-setting, enforcement and choice. Cambridge: Intersentia, 2016.

WEINTRAUB, Russell Jay. Rome II and the tension between predictability and flexibility. In: **Balancing of interests**: liber amicorum Peter Hay zum 70. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2005.

WITTE, Bruno de. **National courts and EU law**: new issues, theories and methods. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016.

YASSEEN, Mustafa Kamil. Principes généraux de droit international privé. **Recueil des Cours**, v.116, p.383-470, 1965.

YETANO, Toni Marzal. The constitutionalisation of party autonomy in european family law. **Journal of Private International Law**, v.6, n.1, Apr. 2010.

YNTEMA, Hessel E. The hornbook method and the conflict of laws. **Yale Law Journal**, v.37, p.468, 1927

ZIEGLER, Katja S. Beyond pluralism and autonomy: systemic harmonization as a paradigm for the interaction of EU law and international law. **Yearbook of European Law**, v.35, p.667-711, 2016.